الضمان في الفقه الإسلامي

القسم الثاني

الكفالة – الديات

دراسة مقارنة

الأستاذ علي الخفيف

[قسم البحوث والدراسات القانونية والشرعية]



ملتزم الطبع والنشر
دار الفكر العربي
١١ ش جواد حسني – القاهرة
ص.ب: ١٣٠ – ت ٣٩٤٥٥٢٢

الضمان في الفقه الإسلامي

الضمان في الفقه الإسلامي

القسم الثاني

الكفالة – الديات

دراسة مقارنة

الأستاذ على الخفيف

[قسم البحوث والدراسات القانونية والشرعية]

بسم الله الرحمن الرحيم

والصلاة والسلام على أشرف المرسلين

سيدنا محمد النبي الأمين وعلى آله وصحبه

الكفالة

الكفالة اسم يدل على الضمان، تقول كفلت بالمال وبالنفس كفلا وكفولا من باب قتل، وورد كذلك من باب ضرب وكرم والاسم الكفالة، وتقول كفلت فلاناً وكفلت به وكفلت عنه — إذا تحملت المال عنه — وتقول كفلته كذا وأكفلته كذا إذا جعلته كفيلا به — وتقول تكفلت بالمال إذا التزمت به أو تحملت به — وتقول كفلت الصغير إذا علته وضممته من باب قتل — وتقول كفلته الصغير إذا ضممته إليه. وهو كفيل بالمال وهى كفيل به للرجل والمرأة على السواء، وقال ابن الاعرابى: يقال فى ذلك كافل أيضا مثل ضمين وضامن. وفرق الليث بينهما فقال: ضامن المال كفيل، والعائل كافل — المصباح — والأساس، والقاموس.

ومثل الكفالة فى دلالتها على الضمان الزعامة، وبابها قتل ونفع والقَبالة كسحابة وبابها ضرب وقتل وسمع والحِمالة ككِتابة وبابها ضرب فيقال هو زعيم بالمال وقبيل به وحميل به — وكذلك يقال هو صبير بالمال بمعنى أنه ضمين به قال الماوردى غير أن العرف خصص الحميل بالدية والزعيم بالمال العظيم والكفيل بالنفس والضامن والضمين بالدين مطلقا أما القبيل والصبير فيعم الكل «نهاية المحتاج ج ٤ ص ٤١٨» وقد شاع عند كثير من الفقهاء كالشافعية والحنابلة والشيعة استعمال الضمان فى ضمان الدين، والكفالة فى

كفالة النفس ولم يشع هذا عند الحنفية ، ويسمى الدائن بالمكفول له والمدين بالمكفول عنه والدين بالمكفول به أو المكفول .

تعريفها شرعاً

الكفالة نوعان كفالة بالمال وكفالة بالنفس وتسمى الأخيرة كفالة البدن وكفالة الوجه والمراد منها - التزام احضار الخصم أو الدلالة على مكانه ، ومن الفقهاء من أضاف إلى النوعين السابقين نوعا ثالثا سماه الكفالة بالفعل ومثل له بكفالة تسليم الأعيان ، لكننا نرى أنها مندرجة فى كفالة المال لأن العين المكفول تسليمها مال وسنبين الكفالة بالنفس بعد بيان الكفالة بالمال .

الكفالة بالمال :

عمد الفقهاء إلى تعريفها بناء على حكمها وهو الأثر المترتب عليها فاختلفوا فى تعريفها بسبب اختلافهم فى حكمها .

١ - فعرفها المالكية بأنها شغل ذمة أخرى بالحق مع بقائه شاغلا للذمة الأولى .

٢ - وعرفوها أيضا بأنها التزام مكلف غير سفيه دينا على غيره مع بقائه شاغلا لذمته - شرح الدردير .

٣ - وعرفها الحنابلة بأنها التزام من هو أهل للتبرع ما وجب على غيره مع بقائه فى ذمته « كشاف القناع » .

٤ - وعرفها الزيدية بأنها ضم ذمة إلى أخرى فى الدين « البحر الزخار » .

وهذه التعريفات الأربعة متحدة المعنى وجميعها مبنى على أساس واحد هو أن حكم الكفالة — أى الأثر المترتب عليها — عند أصحاب هذه التعاريف هو انضمام ذمة الكفيل إلى ذمة المدين الأصلى فى الدين، بمعنى أنها تصبح مشغولة به أيضا مع بقاء شغل الذمة الأولى به، ويترتب على ذلك صحة توجيه المطالبة بالأداء إليه كما توجه إلى المدين الأصلى على تفصيل سنبينه فيما يأتى :

٥ — وعرفها أهل الظاهر بأنها نقل الدين من ذمة إلى أخرى وإليه ذهب ابن أبى ليلى وعبد الله بن شبرمة وأبو ثور «المحلى» جـ ٨ ص ١١٠ و ص ١١١ ».

٦ — وعرفها الشيعة الجعفرية بأنها عقد شرع لنقل الدين من ذمة الى أخرى غير مشغولة بمثله «المختصر النافع جـ ١ ص ١٤٢ وتحرير الأحكام جـ ١ ص ٢٢٢ »، ويلاحظ أن الشيعة الجعفرية يخصون هذا العقد باسم الضمان أما اسم الكفالة فيطلقونه على الكفالة بالنفس .

والذمة عند غير المالكية وصف شرعى تثبت به الأهلية لوجوب الحقوق وتحمل الواجبات، أما عند المالكية فهى وصف شرعى تثبت به الأهلية لتحمل الواجبات، أما الدين فهو وصف شرعى يظهر أثره فى المطالبة بمقتضاه، كما عرفه الغزالى . أو هو مال حكمى فى الذمة . كما عرفه الزاهدى .

ومن هذا يرى أن أهل الظاهر والشيعة الجعفرية متفقون على أن ضمان الدين يترتب عليه نقله من ذمة المدين الأصلى الى ذمة الضامن وصيرورة المدين الأصلى بريئا منه . قال ابن حزم فى كتابه المحلى «جـ ٨ ص ١١ » أنه يترتب على ضمان الحق سقوطه عمن كان عليه وانتقاله الى ذمة الضامن حتى لا يجوز للمضمون له أن يرجع على المضمون عنه ولا على ورثته أبداً بشىء

من ذلك الحق — وَصَلَه ذلك الحق من الضامن فانتصف منه أم لم ينتصف منه . وفى تحرير الأحكام للشيعة : أن الدين الأصلى يبرأ بالضمان ولا يجوز للمضمون له مطالبته .

والفريقان يشترطان فى الضمان أن يكون الضامن غير مدين لمن ضمنه وذلك لأن الضمان تبرع من الضامن بالتزام الدين وأدائه بدون عوض يتقبله نظير ذلك ، كما يشترطون فى الحوالة أن يكون المحال عليه مدينا للمحيل بمثل ما أحال به عليه حتى تكون هناك معاوضة بين الدينين : ما للمحيل قبل المحال عليه وما للمحال قبل المحيل فيسقط أحدهما بالآخر — وهذا ما يظهر من بيان الفريقين لمعنى الضمان والحوالة فى كتابى تحرير الأحكام والمحلى لابن حزم . وعلى ذلك فنقل الدين من ذمة مشغولة به الى ذمة أخرى غير مشغولة بما يعد عوضا عنه كفالة .

وعلى ذلك يتضح الفرق بين الكفالة والحوالة عند من يرى أن الكفالة ينتقل بها الدين الى ذمة الكفيل وتبرأ بها ذمة المكفول عنه .

٧ — أما الحنفية فقد اختلفوا فى تعريفها . فمنهم من يعرفها بأنها ضم ذمة الى ذمة فى الدين فيوافقون الجمهور فى تعريفها بذلك ، ومنهم من يعرفها بأنها ضم ذمة الى ذمة فى المطالبة فقط لا فى الدين . وهذا رأى انفرد به فريق من الحنفية . وقد ذكر الرأيين السرخسى فى مبسوطه ، وصرح كما صرح غيره بأن أصح الرأيين هو القول الثانى .

ومن هذا يتبين أن الفقهاء فى بيانهم لمعنى الكفالة قد اختلفوا فى أمرين :
أحدهما اختلافهم فى أنها ضم ذمة الى أخرى أو أنها نقل للدين من ذمة الى أخرى ،

وثانيهما اختلافهم فى بيان موضوع الضم على القول بأنها ضم ذمة الى أخرى ، أهى ضم ذمة الى أخرى فى الدين أم ضم ذمة الى أخرى فى المطالبة به فقط لا فى نفس الدين .

فأما الأمر الأول فإن الذين ذهبوا الى أنها تنقل الدين من ذمة المدين الى ذمة الكفيل فيبرأ بها الأصيل ، وهم أهل الظاهر والشيعة الجعفرية ومن ذهب مذهبهم مستندهم فى ذلك ما روى عن سلمه بن الأكوع قال : كنا عند النبى صلى الله عليه وسلم فأتى بجنازة فقالوا : يا رسول الله صل عليها . قال : هل ترك شيئا قالوا : لا . فقال هل عليه دين ؟ قالوا ثلاثة دنانير . قال : صلوا على صاحبكم . فقال أبو قتادة : صل عليه يا رسول الله وعلى دينه . فصلى عليه . رواه أحمد والبخارى والنسائى ، وفى رواية للنسائى وابن ماجه أن أبا قتادة قال : أنا أتكفل به .

فقد دل هذا الحديث على أن رسول الله صلى الله عليه وسلم إمتنع أن يصلى على المدين الذى توفى ولم يترك وفاء له والظاهر أن سبب ذلك هو شغل ذمته بالدين مع عدم وجود وفاء له . وأنه صلى الله عليه وسلم صلى عليه بعد أن كفله أبو قتادة . وذلك دليل إختلاف الحالين — وليس بينهما اختلاف كما يظهر إلا بكفالة هذا الدين ، وإذا لم يترتب على الكفالة برائته من الدين وصلاة الرسول صلى الله عليه وسلم عليه بسبب براءة ذمته منه لم يكن بين الحالين فرق ولم يظهر لامتناع الرسول أن يصلى عليه قبل الكفاله ثم صلاته عليه بعد الكفالة سبب — ويدل على ذلك أيضاً ماجاء فى بعض الروايات من قول أبى قتادة : الديناران (١) على . وأن النبى صلى الله عليه

(١) راجع المحلى ج ٨ ص ١٠٨ من كتاب الحوالة وص ١١١ من كتاب الكفالة .

(٢) يلاحظ أنه روى عن جابر مثل ذلك ، وفى رواية أخرى أن الدين ديناران ، وقد روى هذه الرواية أحمد وأبوداوود والنسائى ، ولعلها فى حادثة أخرى فيكون لأبى قتادة فى الكفالة عن الميت حادثتان كما روى عن أبى سعيد الخدري حادثة مثل هذه ، كان الضامن فيها عليا رضي الله عنه ورواها الدراقطني والبيهقي .

وسلم قد أجابه عند ذلك بقوله : قد أوفى الله حق الغريم وبرىء منه الميت فقال أبو قتادة : نعم . فإن ذلك صريح فى براءة ذمة المدين بكفالة الدين عنه.

أما الذين ذهبوا إلى خلاف ذلك ، وأنها ضم ذمة إلى أخرى فهم فريقان: الجمهور وهم يرون أنها ضم ذمة إلى ذمة فى الدين ، ويتبع ذلك توجه المطالبة إلى الكفيل ، كما هى موجهة إلى الأصيل . وفريق من الحنفية ذهبوا إلى أنها ضم ذمة إلى أخرى فى المطالبة فقط لا فى الدين وسندهم جميعا فى أنها للضم لا للنقل ما يأتى :

روى عن جابر قال : توفى رجل فغسلناه وحنطناه وكفناه ثم أتينا به النبى صلى الله عليه وسلم فقلنا: تصلى عليه فخطا خطوة ثم قال : أعليه دين ؟ قلنا : ديناران . فانصرف فتحملهما أبو قتادة فأتيناه فقال أبو قتادة : الديناران على فقال النبى صلى الله عليه وسلم :قد أوفى الله حق الغريم وبرىء منه الميت قال: نعم فصلى عليه ثم قال بعد ذلك بيوم : ما فعل الديناران ، قال أبو قتادة : إنما مات أمس — قال فعاد اليه من الغد فقال : قد قضيتهما فقال النبى صلى الله عليه وسلم : الآن بردت عليه جلدته ، رواه أحمد . فقد جاء فى الحديث أنه صلى الله عليه وسلم قال بعد الوفاء : الآن بردت عليه جلدته : فكان ذلك دليلا على عدم براءة ذمته قبل الوفاء . وإذن فمعنى قوله صلى الله عليه وسلم أولا فى هذا الحديث « قد أوفى الله حق الغريم وبرىء منه الميت — وقد صدر من رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل الوفاء كما يدل عليه ما جاء فى الحديث بعد هذه العبارة — أن هذا الدين قد صار بكفالته قريب الوفاء حتى كأنه قد وفى وبرىء منه المدين كما فى قوله تعالى « أتى أمر الله فلا تستعجلوه » . أما امتناعه صلى الله عليـــه وسلم من الصلاة قبل الكفالة وصلاته بعدها فلا يدل على براءة ذمته بالكفالة وانما امتنع أولا بسبب أنه توفى ولم يترك وفاء وكان عليه أن يسعى فى وفاء دينه قبل وفاته تجنبا لذلك وبعدا عن الأضرار.

بالدائن فلما وجدت الوسيلة إلى الوفاء بالكفالة وانتفى بسببها الضرر بالدائن صلى عليه ، ومؤدى ذلك أن الرسول صلى الله عليه وسلم أراد أن يحض المدينين على عدم الاضرار بالدائنين بعدأن أحسنوا باداناتهم إياهم حين كانوا فى حاجة الى المال .

ومن هذا يتبين أن الكفالة انما تضم ذمة الكفيل الى ذمة الأصيل ، وليس يبرأ بها المدين وأن الكفيل يصبح بسببها مطالبا بالدين . ومطالبته بالدين دليل على شغل ذمته لأن الدين كما تقدم وصف شرعى يظهر أثره فى المطالبة بما يقتضيه فكانت مطالبة الكفيل بالدين واستيفاؤه من أمواله مظهر شغل ذمته — وإلى هذا ذهب المالكية والشافعية والحنابلة والزيدية . ولكن الحنفية كانوا فى ذلك فريقين — فريقاً رأى رأى الجمهور وفريقاً رأى أنها ضم ذمة الى ذمة فى المطالبة فقط . وأيد الفريق الأول رأيه بأمرين : الأول أنه قد نقل عن الإمام وصاحبيه صحة هبة الدين من الكفيل ، وعندئذ يرجع به على الأصيل إذا كانت الكفالة بأمره وليس يصح هبة الدين لغير المدين . فكانت صحة هبة الدين له دليلا على أنه مدين كما نقل عنهم كذلك صحة شراء شيء من الكفيل بما كفل به من الديون ، وذلك ما يعنى تمليك الدين له . ولا يجوز تمليك الدين إلا لمن عليه الدين . الثانى أنه لو كانت الكفالة ضما لذمة إلى أخرى فى المطالبة فقط كما يرى الفريق الآخر لسقطت الكفالة بموت الكفيل لعدم صلاحيته للمطالبة بعد الوفاة ، ولم يؤخذ الدين من تركته ، كما فى الكفالة بالنفس ولكنها لا تسقط بالموت ، وإذا مات الكفيل أخذ الدين المكفول من تركته ، فكان ذلك دليلا على أن ذمته تشمل به .

وأيد الفريق الآخر رأيه أولا : بأن الكفالة معناها الضم ، وهى ضم ذمة إلى أخرى للتوثيق ، ويكفى فى التوثيق أن يكون الضم فى المطالبة فقط ، وليس يجوز أن يكون فى الدين نفسه ، وإلا لكان كل من الأصيل والكفيل

مدينا وتعدّد الدين بذلك فيصير للدائن دينان يستوفيهما من اثنين وهذا غير مقبول ولا يقول به أحد ، وثانيا : اتفاقهم على أن براءة الكفيل لاترتد بالرد لأنها إسقاط للمطالبة وهو إسقاط محض، ولو كان الكفيل مدينا لارتدت براءته برده كالأصيل لما يكون فيها من معنى التمليك ، ويقول صاحب المبسوط أن هذا القول هو أصح القولين عند الحنفية .

وقد نوقش استدلال هؤلاء جميعا بما يأتى :

مناقشة أهل الظاهر : نوقش استدلال أهل الظاهر والشيعة الجعفرية بأن امتناعه ﷺ أن يصلى على الميت المدين الذى لم يترك وفاء لدينه أولا ثم صلاته عليه بعد الكفالة بدينه لم يكن لشغل ذمته بالدين أولا ثم براءتها منه ثانيا وانتقاله إلى ذمة الكفيل . وإنما كان لارادة حض الناس على أنهم إذا استدانوا وجب عليهم أن يكونوا حريصين على الوفاء والمسارعة إليه حتى لايفاجئهم الموت وليس عندهم وفاء فيتضرر بذلك الغريم الدائن وليس يحسن أن يكون ذلك جزاء تفضله واحسانه باعطاء المال وسد الغلة وتفريج الكربة كما حدث لهذا الميت ولكن حين وجد السبيل إلى وفاء هذا الدين بكفالة أبى قتادة وزوال الضرر بالغريم عند ذلك صلى عليه ، واذن لم تكن صلاته صلوات الله عليه أخيراً لبراءة ذمته بالكفالة بل لوجود وسيلة إلى الوفاء وزوال ضرر تسبب فيه هذا الميت وذلك مع بقاء شغل ذمته بعد الكفالة . . ويدل على ذلك مافى الروايات الأخرى من أنه ﷺ قال بعد أن أوفى أبو قتادة الدين . . « الآن بردت جلدته » ولو برئت ذمته بالكفالة لبردت قبل ذلك الوقت — وأما قول أبى قتادة . . الديناران على كما جاء فى بعض الروايات فمعناه صارا مطلوبين منى وصرت ملتزما بهما ولا وفاء لهما إلا من ناحيتى لوفاة المدين مفلسا ، وأما قوله ﷺ . . « قد أوفى الله دين الغريم وبرىء منه الميت » ، فالمعنى فيه كما تقدم بيانه أن هذا الدين — ولم يكن هناك سبيل إلى وفاءه قبل الكفالة — قد صار بضمانه مطلوبا من الكفيل

وأصبح الكفيل ملتزما به على وجه التبرع لارجوع له به على الميت وبذلك وجد الدائن السبيل إلى وفائه بعد اليأس منه فصار كأنه قد استوفاه وكأن الميت قد برىء بذلك كما فى قوله تعالى «أتى أمر الله فلا تستعجلوه» . وعلى ذلك يرى أن ليس فيما يستدل به هؤلاء ما يقطع بأن الدين ينتقل بضمانه من ذمة المدين إلى ذمة الكفيل .

مناقشة الجمهور : نوقش قول الجمهور : بأن مطالبة الكفيل بالدين دليل على شغل ذمته — بأنه منقوض بمطالبة وكيل الشراء بثمن ما اشتراه لموكله مع الاتفاق على براءة ذمته منه وشغل ذمة الموكل بالثمن ، ومطالبة الولى والوصى بدين من هو تحت ولايتهما مع عدم شغل ذمتهما به فوجدت المطالبة دون الدين كما يوجد الدين بدون المطالبة به عند تأجيله هذا والمطالبة مع أصل الدين مثلها مثل ملك التصرف مع ملك العين ، فكما يجوز أن ينفصل ملك التصرف عن ملك العين فى حق الولى والوصى ، وملك اليد عن ملك العين فى حق المرتهن ، فكذلك يجوز أن ينفصل حق المطالبة عن أصل الدين . وعلى هذا لاتكون مطالبة الكفيل بالدين دليل شغل ذمته به ، كما نوقش أيضا استدلالهم بصحة الهبة للكفيل ، والشراء منه بالدين المكفول به بأن مبنى ذلك هو اعتبار ذمة الكفيل مشغولة بالدين استحسانا ، والحكم بصحة ذلك اعتماداً على توجيه المطالبة إليه غير أن هذا يلزمهم أن يذهبوا هذا المذهب فى الوكيل بالشراء أيضا فهل نقل ذلك عنهم ؟ .

وقولهم : لو كانت الكفالة ضمًّا فى المطالبة فقط لانتهت بموت الكفيل ولم يؤخذ الدين من تركته ، منقوض بالوكيل فى الشراء إذ هو مطالب بالثمن فقط وبهذه المطالبة تشغل ذمته دون أن تشغل بالدين ، وإذا توفى لا ينتهى التزامه بل يؤخذ الثمن من تركته مع أنه غير مدين وأخذه من تركته نتيجة التزامه بأدائه .

أما استنادهم الى القياس على الكفالة بالنفس وانتهائها بموت الكفيل وعدم سقوط الكفالة بالدين بوفاة الكفيل فهو قياس مع الفارق ، وذلك لأن الكفالة بالدين واستلزامها المطالبة تستتبع حقا فى مال الكفيل فلم تسقط بوفاته ، أما الكفالة بالنفس فهى مجرد التزام شخصى بالقيام بعمل فيسقط بموته .

مناقشة رأى فريق من الحنفية :

٣ — ونوقش استدلال من ذهب من الحنفية الى أنها ضم ذمة الى أخرى فى المطالبة فقط بأنه ليس يلزم من ثبوت الدين فى ذمة الكفيل مع بقائه فى ذمة الأصيل صيرورة دين الدائن دينين يستوفيهما منهما جميعا بل هو لا يزال دينا واحداً ولكنه يشغل ذمة كل منهما والاستيفاء لا يكون الا من أحدهما فقط ، وذلك كما فى الغاصب وغاصب الغاصب اذا تلف المغصوب فى يد غاصب الغاصب ، فان المالك فى هذه الحال لا يستحق الا قيمة المغصوب يأخذها من أحدهما وهو من يختاره منهما ، إما الغاصب ، وإما غاصب الغاصب ، لأن ذمة كل منهما أصبحت مشغولة بها لثبوت سبب الضمان فى حق كل منهما — الغاصب بأخذه المال بدون حق — وغاصب الغاصب بسبب تفويته يد الغاصب التى هى فى حكم يد المالك من وجه ، إذ كان عليه أن يحفظ المال ويرده إلى صاحبه ، فكان كالوديع بالنسبة للمالك من هذه الناحية إذ غصبت منه الوديعة وهى فى يده ، ومع ذلك فإن المالك لا يستوفى القيمة إلا من أحدهما فقط ، ولم يلزم من شغل ذمة كل منهما بها أن يكون له قيمتان يستوفيهما من الغاصب وغاصب الغاصب — وإذا استوفى من الغاصب رجع الغاصب بما يضمن على غاصب الغاصب ، إذ قد ظهر بذلك أن غاصب الغاصب قد تعدى على ملك الغاصب فغصبه وذلك لاستناد ملك الغاصب عند تضمينه إلى وقت تعديه . وان ضمن غاصب الغاصب لم يرجع على الغاصب لأنه إنما ضمن بفعله وتعديه فتحمل تبعة تعديه وليس يرد على ذلك أن يقال

كيف يتصور أن يشغل الشيء الواحد محلين فى وقت واحد فيشغل الدين ذمتين فى وقت واحد ، ذلك لأن ثبوت الدين فى الذمة بمجرد اعتبار من الاعتبارات الشرعية الحكمية ، وبمجرد تعلق لا يتبعه شغل حقيقى ، فجاز لذلك أن يعتبر الدين الواحد شاغلا لذمتين فى وقت واحد أى متعلقاً بكل منهما ، وإنما يمتنع ذلك فى الأعيان فلا يتصور فيها أن تشغل عين مكانين فى زمن واحد — وللآخرين أن يقولوا أن قياس المدين والكفيل على الغاصب وغاصب الغاصب قياس مع الفارق فإن مطالبة كل من المدين والكفيل محلها حق واحد هو حق الدائن — أما مطالبة الغاصب وغاصب الغاصب فليس الأمر فيها كذلك ، فإن الواقع أن ذمة الغاصب مشغولة بحق المغصوب منه ، وذمة غاصب الغاصب مشغولة فى الواقع بحق للغاصب ، وإذا طالبه المالك فإنما يطالبه على أساس هذا الحق ، وكأنه احتال بماله لدى الغاصب من دين على غاصب الغاصب ، وأما قولهم أن الكفالة للضم وقد شرعت للتوثيق ويكفى فيه أن يكون الضم فى المطالبة فقط فليس بسليم أذلا يلزم من كفاية الضم فى المطالبة لتحقق التوثيق ألا تكون الكفالة ضما فى الدين أيضاً وذلك أقوى فى افادة التوثيق ، ثم أن الاستدلال على جواز انفصال المطالبة عن أصل الدين لا يستوجب تحقق ذلك فعلا فى الكفالة إذ ليس كل جائز واقعاً . هـــذا والخلاف بين الحنفية فى أنها ضم ذمة إلى أخرى فى الدين أو فى المطالبة لا فى الدين خلاف نظرى لا يترتب عليه أثر عملى فى الأحكام — وذكر بعضهم أن له أثراً هو صحة تعليق براءة الكفيل على الشرط بناء على القول الأخير لأنها عليها اسقاط محض ، وعدم صحتها بناء على القول الأول لما فيها من معنى تمليك الدين بناء عليه .

ومما تقدم يتبين أن ما استدل به هذا الفريق : أصحاب القول الأخير لا ينهض دليلا لهم ، كما تبين أيضاً أن استدلال الشيعة وأهل الظاهر لم يسلم أيضاً لهم لما تبين من أن قوله صلى الله عليه وسلم « قد أوفى الله الغريم حقه » ليس مراداً به حقيقته قطعاً لما بينا وأن مذهب الجمهور هو المذهب الذى يقوم

عليه الاستدلال وهو المذهب الذى يتسق مع تعريف أبى حنيفة للدين من أنه الأداء الواجب فى الذمة كما سبق بيانه ، وان كان الحنفية قد رجحوا القول الأخير ــ ولم يذكروا لذلك وجهاً سليما ولعل مرادهم من هذا أن تعريف الكفالة على هذا الوضع أجمع لأنواعها بخلاف تعريفها على الوضع الآخر ، فإنه لايشمل إلا الكفالة بالمال ، وقد نص على ذلك ابن عابدين فى حاشيته فى أول الكفالة وذكر أن الذى يظهر له هو اتفاقهم على أن الدين يشغل ذمة الكفيل كما يشغل ذمة الأصيل ، ذلك لاتفاقهم على صحة الهبة للكفيل والشراء منه وليس يترتب على هذا الرأى أى محظور وبخاصة إذا لاحظنا أنه متسق مع رأى الامام فى الدين وعلى الجملة فإنه لم ينقل عن الامام وصاحبه رأى صريح فى أنها للضم فى الدين أو فى المطالبة ، وليس ذلك إلا تخريجاً ممن أتى بعدهم مستنبطا من الفروع وقد علمت أصح الاستنباطين .

أما القانون المدنى المصرى فقد عرفها فى المادة ٢٧٢ بقوله :

الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفى بهذا الالتزام اذا لم يف به المدين نفسه ، وليس من شك فى أن تعهد الكفيل بالوفاء بالتزام التزمه المدين يجعل ذمته مشغولة قانونا بهذا الالتزام وليس الا الدين وذلك مع بقاء شغل ذمة المدين به بدليل أنه مطالب أولا بالوفاء وعلى ذلك يرى أن القانون قد مال إلى مذهب الجمهور فى أنها ضم ذمة إلى ذمة فى الدين. أما القانون العراقى فقد عرفها أنها ضم ذمة إلى ذمة فى المطالبة بتنفيذ التزام « ١٠٠٨ » وبذلك مال إلى مارجحه الحنفية .

مشروعية الكفالة :

شرعت الكفالة بالكتاب حين أقرها فى حكايته عن كفالة أحد أبناء يوسف عليه السلام إذ قال « ولمن جاء به » « بالصواع » حمل بعير « أى

من الطعام « وأتينا به زعيم » أى كفيل كما قال ابن عباس « وبالسنة وذلك بما رويناه فيما مضى ، وبما روى عنه صلى الله عليه وسلم أيضا أنه قال : الزعيم غارم » .

ركن الكفالة :

يتطلب وجود الكفالة وجود كفيل ومكفول له ومكفول عنه ومكفول به وصيغة تتحقق بها الكفالة . وقد ذهب أهل الظاهر والشيعة الجعفرية إلى أن الصيغة التى تتحقق بها الكفالة تتركب من إيجاب يصدر من الكفيل وقبول يصدر عن المكفول له وهو الدائن أو الطالب وبناء على ذلك يكون من أركانها عندهم الايجاب والقبول . ذلك لأن الكفالة فى رأيهم تنقل الدين من ذمة المكفول عنه إلى ذمة الكفيل والدين حق للمكفول له ونقله من ذمة إلى أخرى تصرف فيه لايتم إلا برضا صاحبه وارادته فكان من الواجب لتحقق الكفالة رضاء المكفول له وقبوله وكانت الكفالة كأى عقد من العقود التى تنشأ بين طرفين لا تتحقق إلا بإيجاب وقبول، ولا يشترط فى تمامها رضا المكفول عنه فتصبح ولو كرهها « تحرير الأحكام جـ ٢ ص ٢٢١ ، والمحلى جـ ٨ ص ١١١ وما بعدها » .

وذهب أبو حنيفة ومحمد وكذلك أبو يوسف فى أول رأى له إلى ماذهب اليه هؤلاء من أن الكفالة لاتتم إلا بإيجاب وقبول . وإلى أن قبول المكفول له ركن فيها ، ومبنى هذا القول عندهم أن الكفالة عقد يملك به المكفول له حق مطالبة الكفيل أو حقاً فى ذمة الكفيل وإذا كانت كذلك وجب قبول المكفول له إذ لايملك إنسان حقاً رغم أنفه فكانت لذلك كالبيع تفيد ملكا فلا تتحقق إلا بإيجاب وقبول ، وبناء على رأيهم هذا لاتتم الكفالة بعبارة

الكفيل وحده سواء أكفل بالمال أم بالنفس بل لابد من قبول المكفول له أو قبول أجنبي عنه فى مجلس العقد لما صدر فيه من إيجاب بها فيكون فضوليا فى هذا القبول ويتوقف العقد حينئذ على اجازة المكفول له إذا وصل إلى علمه. ولا يجب أن يكون البادىء فيها هو الكفيل بل يجوز أن يبدأ المكفول له أو أجنبي عنه بأن يقول أكفل لى بدينى قبل فلان أو أكفل لفلان بدينه فى ذمة فلان فيقول الكفيل كفلت. وإذا قام مقام المكفول له أجنبى فتوقف العقد على اجازته جاز للكفيل حينئذ أن يخرج نفسه من الكفالة قبل اجازتها، لأن التزامه حينئذ لم يتم إذ يعتبر أنه قد صدر معلقا على قبول المكفول له، فإذا لم يحدث من المكفول له قبول كان التزاماً لما يتم، فيجوز له أن يعدل عنه كما يجوز للبائع أن يعدل عن إيجابه قبل اجازة المشترى المبيع الذى باشره عنه الفضولى.

وذهب المالكية والحنابلة إلى أنها تتم وتتحقق بايجاب من الكفيل وحده ولا تتوقف على قبول من المكفول له ولا على قبول من المكفول عنه ولا على علمهما بها ولا يشترط فيها رضاهما ذلك لأنها مجرد التزام صادر من الكفيل بأن يوفى ماوجب للمكفول له فى ذمة المكفول عنه مع بقاء المكفول له على حقه بالنسبة إلى المكفول عنه وذلك التزام لا معاوضة فيه ولا يضر بحق أحدهما ولا ينقص منه بل هو تبرع من الكفيل فيتم بعبارته وحده.

وهذا هو أصح الرأيين عند الشافعية وبناء عليه لا تتوقف على قبول المكفول له ولا على رضاه، ولكنها ترتد برده عندهم لأن رده فى معنى ابرائه الكفيل والابراء يستقل به المبرىء عند من ذهب إلى ذلك منهم وقيل تتوقف على القبول لأن الابراء يتوقف على قبول المبرأ عند من ذهب إلى ذلك منهم وقيل إنما تتوقف على الرضا لا على القبول لفظاً — وكل هذه آراء عند الشافعية أصحها ماذكرناه أولا.

وذهب الزيدية فى أصح القولين عندهم إلى ماذهب اليه الشافعية غير أن منهم من اشترط مع ذلك أن يكون الكفيل على معرفة بالمكفول له كما فى الفتح، ومنهم من لم يشترط ذلك فصرح بصحة الكفالة مع جهالة المكفول له.

وقد رجع أبو يوسف أخيراً الى رأى الجمهور فلم ير قبول المكفول له ركنا فى الكفالة وقال أنها تتم وتتحقق بايجاب الكفيل وحده .

وفى بيان هذا القول اختلف الحنفية فنهم من رأى أنها تصح بايجاب الكفيل موقوفة على اجازة المكفول له . فاذا أجازها ألزم الكفيل بمقتضى كفالته واذا لم يجزها لم يلزم بذلك . ومنهم من رأى أنها تنفذ فيلزم الكفيل ولكن المكفول له حق ردها فاذا ردها بطلت . ذلك تخريجهم لقول أبى يوسف، وعلى هذا اذا مات المكفول له قبل القبول لم يترتب على الكفالة أثر وبطلت بموته على القول الأول ولزمت على القول الثانى فكان لوارث المكفول له مطالبة الكفيل بالدين .

وقد استند الجمهور أولا الى ماروبناه فيما سبق عن سلمة بن الأكوع والى ما رواه جابر رضى الله عنه من أن النبى صلى الله عليه وسلم قبل كفالة أبى قتادة بدين على ميت جيء به له ليصلى عليه وأقرها وصلى عليه بناء عليها دون أن يقبلها الدائن بل ودون أن يعرف من هو وذلك دليل على عدم توقفها على قبول المكفول له .

وأضافوا إلى ذلك أن الكفالة محض التزام بها من الكفيل لا تمليك فيها بدليل أنها تصح مع جهالة المال المكفول به ، وتقبل التعليق بالشرط ، والتمليك لا يصح مع الجهالة ولا مع التعليق . والالتزام يتم بايجاب الملتزم وحده كالنذر .

غير أن القانون المدنى المصرى قد انحاز فى بيان الكفالة الى رأى الإمام

ومحمد فذكر أنها عقد م «٧٧٢»، واذا كانت عقداً وجب أن يكون له طرفان هما الدائن والكفيل فلا تتم الكفالة بمقتضى القانون الا بايجاب وقبول منهما دالين على توافق ارادتيهما ولا تتم فى نظره من جانب واحد، ولم أر الحكمة فى تفضيل هذا الرأى على الرأى الآخر فى حين أنه لايراها تنقل الدين من ذمة الى أخرى وانما يراها ضم ذمة الى أخرى وأنها مجرد التزام من الكفيل قام به تبرعا قصداً الى توفير أمن الدائن وطمأنينته، وتوثيق ذمة المدين لديه، وليس يترتب عليها أى تكليف للأصيل ولا نقص لحقوقه حتى يشترط قبوله والى هذا ذهب القانون العراقى «م ١٠٠٩».

ويكون الإيجاب من الكفيل بكل ما يدل على العهدة والضمان لغة أو عرفاً وعادة كضمنت وكفلت وأنا به حميل أو زعيم أو غارم أو هذا المال على أو إلى، أو عندى لك هذا المال متى كانت القرينة دالة على الضمان لا على الوديعة، ويكون القبول بكل ما يدل على الرضا كقبلت أو رضيت ونحو ذلك.. وليس يكفى عند الحنفية أن يكون الإيجاب أمراً كما فى البيع فإذا حدث فاستتبع استجابة من المأمور وجب أن يقبل الآمر أخيراً واستثنى بعض فقهاء الحنفية من ذلك حال المرض إذا أمر المريض مورثه بقضاء دينه فقبل ذلك استحساناً إذ يلتزم الوارث به دون توقف على صدور قبول من المريض الآمر.

والكفالة كغيرها من العقود تنعقد بالكتابة المرسومة المستبينة لقيامها مقام اللفظ، وتنعقد أيضاً بالكتابة المستبينة غير المرسومة إذا صحبها ما يدل على أنه قد أريد بها العهد أو الضمان، ولا تنعقد بغير المستبينة، وكذلك تنعقد بالإشارة من الأخرس إذا كانت دالة مفهمة على أنه يريد ضماناً.

وفى اشتراط عدم معرفته بالكتابة لانعقادها بإشارته خلاف بين الفقهاء، منهم من لا يشترط ذلك، ومنهم من يشترط.

وعند الحنفية فى ذلك روايتان ، رواية الأصل ورواية الجامع الصغير ، والأولى تفيد اشتراط عجز الأخرس عن الكتابة والثانية تدل على عدم اشتراط ذلك ، والحنابلة يشترطون لانعقاد الكفالة من الأخرس بالكتابة أن تصاحبها قرينة تدل على أنه لا يريد بالكتابة شيئاً غير الضمان ، وهذا مذهبهم فى كل العقود ينشئها الأخرس بالكتابة .

وإلى صحة الكفالة بالعبارة أو الكتابة ذهب القانون المدنى ، ولكنه يشترط الكتابة فى إثباتها ففى مادته ٧٧٣ ، لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلى بالبينة . — ولا يجوز إثباتها بالبينة إلا إذا وجد مبدأ ثبوتها بالكتابة (١) أو وجد مانع مادى أو أدبى يحول دون الحصول على دليل كتابى أو فقد سندها الكتابى بسبب أجنبى لا بد للدائن فيه — م ٤٠٢ ، ٤٠٣ مدنى .

طبيعة عقد الكفالة :

والكفالة فى طبيعتها كما تبين من تعريفها عقد التزام من جانب واحد فيه معنى التبرع فلا يلزم إلا الكفيل ، وليس يترتب عليه إلزام المكفول له ولا المكفول عنه بشىء وإن كان يكسب المكفول له حقاً هو حق مطالبة الكفيل على ما شرحناه سابقاً وهذا عند الجمهور أما عند الشيعة وأهل الظاهر فإن عقد الكفالة يترتب عليه إلزام المكفول له بأن يستبدل بدينه ديناً آخر فى ذمة الكفيل فلا يحق له مطالبة المدين الأصلى .

وعلى مذهب الجمهور إذا صاحب الكفالة إلتزام من جانب المكفول له أو المكفول عنه فلن يكون ذلك أثراً من آثار عقد الكفالة بل هو أثر

(١) يعتبر مبدأ للاثبات بالكتابة كل كتابة تصدر من الخصم يكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال :

لالتزام آخر خلاف عقد الكفالة وإن كان قد صاحبه ، ذلك كأن يكون هناك اتفاق بين الكفيل والمدين أو الدائن على أن يعطوه جعلا ماليا فى نظير كفالته إياه فإن هذا تعاقد مستقل عن الكفالة بين الكفيل والمدين أو المكفول له يجوز قانونا ، ولا يجوز عند جمهور الفقهاء .

ولا يتعارض مع هذا البيان أن الكفيل قد يرجع بما أداه للمكفول له على المكفول عنه كما سيأتى بيانه ، لأن هذا الرجوع عندما يحدث إنما يكون نتيجة لأداء الكفيل ما على المدين من الدين لا نتيجة لكفالته بدليل أنه لا يرجع إلا إذا أدى الدين فعلا للدائن وأنه لا يرجع إذا كان متبرعا بالكفالة فكفل بدون أمر المدين وإنما لم يجوز جمهور فقهاء الشريعة التعاقد على إعطاء جعل للكفيل نظير كفالته لأنه من قبيل أكل المال بالباطل والله تعالى يقول « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل » إلا أن تكون تجارة عن تراض وليس هذا من قبيل التجارة لأن الكفيل لا يعطى بكفالته شيئا يعتاض عنه بما يعطاه من عوض يأخذه من المكفول عنه أو المكفول له وإنما التزم متبرعا بأداء ما على المكفول عنه من الدين ، فإذا أداه ورجع به عليه لم يكن عندئذ ما يستوجب به أخذ مال آخر زيادة على ذلك وهو الجعل — كما هو الحال والحكم إذا قام المدين « الأصيل » بوفاء ما عليه من الدين — وأن أداه الكفيل ولم يرجع بما أدى على المدين فقد قام بالأداء متبرعا بما أدى فلا يستحق شيئا لقاء تبرعه بالتزامه وأدائه لأن ذلك يتعارض مع تبرعه .

وقد جاء فى كشاف القناع ومنتهى الإرادات ما معناه ، اذا قال شخص لآخر كفلت لك هذا المدين على أن تبرئنى من كفالتى لفلان أو من ضمان الدين الآخر أو على أن تضمن دينا لى قبل فلان أو على أن تبعنى دارك بكذا أو على أن يؤجرنى اياها لم يصح فإن كان ذلك شرطا فى الكفالة أفسدها ،

وان لم يكن فيها لم يلزم الوفاء به (١) . وفى نهاية المحتاج ص ٤٤٢ ويبطل الضمان بشرط اعطاء ضمان مال لا يحسب من الدين .

وفى فتح القدير : اذا كفل بمال على أن يجعل له الطالب جعلا فإن لم يكن مشروطا فى الكفالة فالشرط باطل وان كان مشروطا فيها فالكفالة باطلة وسيأتى أن هذا يخالف ماذهب اليه الحنفية من أن الكفالة لاتبطل بالشروط الفاسدة وسيأتى بيان ذلك .

وفى منح الجليل — اذا أخذ الكفيل جعلا على كفالته سواء أكان ذلك من الدائن أم من المدين أم من غيرهما فالكفالة باطلة ، وقيل لاتبطل الكفالة الا اذا كان الجعل من الدائن أو كان من غيره بعلم الدائن أما اذا كان من المدين فإنها تصح ويلزم الكفيل برد الجعل اليه لأخذه باطلا ، وليس يشترط فى الجعل أن يكون مالا بل كما يكون مالا يكون كفالة بدين الكفيل(٢) .

وفى التاج ، ولايجوز ضمان بجعل لأن الضمان مصروف وخير ولايجوز أخذ عوض عن مصروف أو خير كما لايجوز عن صوم وصلاة سواء أكان من الدائن أو من المدين جـ ٥ ص ١١١ .

وخالف فى ذلك الشيعة الجعفرية فجوزوا الكفالة مع اشتراط الجعل فيها وعلى ذلك اذا قال له كفلت لك دينك قبل فلان على أن تبيعنى منزلك أو على أن تؤجرنى أرضك أو نحو ذلك لزمه المال اذا تحقق الشرط(٣) والى هذا الرأى مال التشريع المدنى فى مصر .

---

(١) منتهى الارادات هامش الجزء / ٢ ص ١٦٦ وكشاف القناع جـ ٢ ص ١٨٢ .

(٢) منح الجليل جـ ٣ ص ٢٦٥ .

(٣) تحرير الأحكام جـ ١ ص ٢٢٥ .

أحوال الصيغة :

لصيغة الكفالة الأحوال الآتية لأنها اما أن تكون مطلقة أى غير مقترنة بشرط ولا معلقة عليه ولا مضافة الى زمن مستقبل ، واما أن تكون مقترنة بشرط واما أن تكون معلقة عليه أو مضافة الى زمن مستقبل فالأحوال على الجملة : الإطلاق والاقتران بالشرط والإضافه الى الزمن المستقبل والتعليق على الشرط والتوقيت .

والواقع أن الاقتران بالشرط يتناول حال التوقيت وحال الإضافة وأنها مع الاقتران بالشرط أو مع الإطلاق قد تكون منجزة وقد لاتكون منجزة ، كما أنها فى حال الإضافة وفى حال التعليق قد تقترن بشرط وقد لاتقترن بشرط فالأحوال متداخلة وليست كلها متقابلة ، فحال التنجيز تقابل حال الإضافة والتعليق وحال الاطلاق تقابل حال الاقتران وحال التعليق وحال الإضافة وماعدا ذلك فتداخل بعضه فى بعض .

حال التنجيز : الأصل فى العقود أن تكون منجزة عدا الوصية والإيصاء ومعنى تنجيزها أن تترتب على وجود صيغتها مستوفية لجميع شروطها آثار العقد فى الحال ومثال ذلك فى الكفالة أن يقول شخص لآخر كفلت لك بدينك فى ذمة فلان فإذا قبل الدائن الكفالة على رأى من يرى وجوب القبول ، فان الكفيل يصير مطالبا بأداء هذا الدين فى الحال . وعلى رأى من يرى أنها تتم بالإيجاب وحده يصير مطالبا بمجرد صدور الإيجاب منه دون توقف على قبول من أحد أو رضا من الداين أو المدين ، وقد فصلنا ذلك فيما مضى ويترتب على ذلك إلزامه بأداء هذا الدين على ماسنفصله فى أحكامها .

ويلاحظ أن الدين المكفول به إذا كان مؤجلا كانت الكفالة مؤجلة إلى وقت حلوله لأنها كفالة بما على الأصيل فتتقيد بصفته من الحلول والتأجيل متى كانت صيغتها مطلقة غير مقترنة بشرط يغير من وصف الدين

توقيت الكفالة : ذكرنا فيما مضى خلاف الفقهاء فى الكفالة وأن منهم من يرى أن الكفالة بدين المدين تبرىء ذمته من الدين وينقل بها الدين إلى ذمة الكفيل — ومنهم من لا يرى ذلك - ولكن يرى أن ذمة الكفيل تصبح مشغولة بالدين أيضاً بمجرد الكفالة فيكون الدين شاغلا للذمتين — ذمة الأصيل وذمة الكفيل — فى وقت واحد وهذا رأى الجمهور . ومنهم من يرى أن ذمة الكفيل لاتشغل بالدين ولكن يطالب بأدائه فقط بناء على الكفالة .

ومقتضى الرأيين الأولين القاضيين بشغل ذمة الكفيل بالدين المكفول به أنه لايجوز توقيت الكفالة على معنى أن يكفل الكفيل الدين مدة معلومة محددة حتى إذا مضت تلك المدة برئت ذمته بمضيها وانتهت الكفالة ، وإن لم يوف الدائن دينه ، ذلك لأن المعهود فى الشرع أن الذمة إذا شغلت بالدين الصحيح وهو ماتصح فيه الكفالة لم تبرأ إلا بأدائه أو بالمعاوضة عليه أو باسقاط الدائن إياه أو بهبته للمدين . أما أنها تبرأ بمضى زمن محدد فيكون مضى هذا الزمن مسقطا للدين فلا عهد لنا به فى الحقوق لأنها لاتسقط بمضى الزمن ولا بالتقادم شرعاً ، ولم يشذ عن هذا إلا دين النفقة فقد ذهب الحنفية الى أن نفقة القريب اذا لم يؤدها من قضى عليه بها فمضى شهر ولم يكن قد إذن باستدانتها ولم يستدنها من وجبت له فعلا فانها تسقط لأنها انما وجبت صلة للحاجة وبمضى الشهر تبين أن لاحاجة فيه فتسقط وقد بينا ذلك عند بياننا لأنواع الديون قويها وضعيفها ، ومن المعلوم أن دين الكفالة من الديون الصحيحة القوية ، فاذا ثبت فى الذمة ولو كانت ذمة الكفيل لم يسقط بمضى الزمن ، وعلى ذلك يكون مقتضى هذين الرأيين السابقين عدم قبول الكفالة للتوقيت حتى لايترتب على توقيتها سقوط الدين عن الكفيل بمضى الزمن الذى أقتت به . ذلك ماأستظهره ولم أجد فيما اطلعت عليه من النصوص الا النصوص الآتية :

(١) — جاء فى كشاف القناع للحنابلة : قال شخص اذا قدم الحج فأنا كفيل بفلان شهراً صح ، لأنها جمعت تعليقا وتوقيتا وكلاهما صحيح مع الانفراد فكذا مع الاجتماع — وظاهر هذا التعليل صحة تعليق الكفالة وتوقيتها وإن جاء ذلك فى مسألة فى مسألة تتعلق بكفالة النفس . لأن الكفالة التزام فى الحالتين ، واذا جاز توقيتها فى حالة جاز فى الحالة الأخرى ، ويؤيد هذا ماجاء فى كتاب الفروع لابن مفلح الحنبلى صريحا وهو : « وفى صحة تعليق الضمان والكفالة بغير سبب الحق وتوقيتها وجهان » والمراد بالضمان ضمان المال والكفالة كفالة النفس . وقد علق على ذلك صاحب كتاب تصحيح الفروع بقوله : « توقيت الضمان والكفالة هل يصح أولا ؟ أطلق صاحب الفروع الخلاف — والواقع أن حكم توقيتها حكم تعليقهما بغير سبب الحق خلافا ومذهبا » وفيهما مطلقا خلاف المشايخ، لكن فى الرعاية الكبرى فى مسألة التوقيت : إنه يحتمل عدم الصحة وهو أقيس وقد ذكر فى تعليق الكفالة فإن الكفيل لو علق الضمان أو الكفالة بغير سبب الحق فهل يصح أم لا ؟ فى ذلك خلاف فى المذهب ذكره الفائق والمغنى والشرح الكبير قيل يصح وهو الصحيح واختاره أبو الخطاب والشريف أبو جعفر وغيرهما وجزم بهذا القول أصحاب مؤلفات عديدة منها الوجيز والهداية والمحرر والمستوعب والخلاصة وغيرها ، وفى الرعاية الكبرى صرح بصحة تعليق الكفالة وتوقيتها وقيل لايصح واختاره القاضى فى الجامع . وعلى هذا فإذا قال شخص أنا كفيل بهذا الدين مدة سنة فقط ففى صحة هذه الكفالة خلاف عند الحنابلة ، منهم من ذهب الى أنها صحيحة ويبرأ بمضى السنة وإن لم يحدث فيها وفاء ، وهذا هو المختار عند الكثير ومنهم من قال بعدم صحتها وذلك أقيس كما فى الرعاية الكبرى ووجه القياس ماقدمناه من أن الشأن فى الديون أنها لاتسقط بمضى الزمن — ولعل من ذهب الى جواز ذلك يبنيه على أن الكفالة من قبيل التبرع والشأن فيه أنه غير ملزم وليس يضير الدائن

أن يستوثق مدة من الزمن قد يستطيع فيها أن يحصل على حقه من الكفيل فإذا مضى الزمن عاد الى الحال التى كان عليها وكأن رضا الدائن بذلك يعد ابراء منه للكفيل مضافا الى مضى هذه المدة(١)

(٢) وجاء فى البدائع للحنفية : ولو كفل بالمال وقال على انى أن وافيتك بفلان « المدين » غدا فأنا برىء فوافاه به من الغد يبرأ من المال وفى رواية لا يبرأ ووجه هذه الرواية الأخيرة أن قوله ان وافيتك به غدا فأنا برىء تعليق للبراءة من المال بشرط الموافاة بالنفس والبراءة لا تحتمل التعليق بالشرط لأن فيها معنى التمليك والتمليكات لا يصح تعليقها بالشرط – ووجه الرواية الأولى أن هذا ليس تعليق البراءة بشرط الموافاة بل هو جعل الموافاة غاية للكفالة بالمال والشرط قد يذكر بمعنى الغاية لمناسبة بينهما والقول بعدم البراءة أشبه – وتعليل الرواية القاضية بالبراءة عند الموافاة صريح فى أن الحنفية يجوزون توقيت الكفالة . وكل ما لاحظه صاحب البدائع هو أن هذا أهو توقيت للكفالة أم تعليق للبراءة وهى لا تقبل التعليق ، ورجح أن ذلك يعد تعليقا للبراءة ، غير أنى ألاحظ أن ذلك ان كان تعليقا للبراءة – وهى لا تقبل التعليق لما فيها من معنى التمليك – فليست البراءة المعلقة هنا براءة من المال الا على أحد قولين عند الحنفية وهو أن الكفالة ضم ذمة الى ذمة فى الدين ، أما على القول الأصح من أنها ضم ذمة الى ذمة فى المطالبة فهى براءة من المطالبة بالدين وهى اسقاط محض لا يضيره التعليق كالطلاق ، والعتق فإذا روعى هذا كان القول بصحة البراءة من الكفالة أقيس .

وفى « الهندية نقلا عن الظهيرية والمحيط – لوقال كفلت بنفس فلان من هذه الساعة إلى شهر تنتهى الكفالة بمضى الشهر بلا خلاف ولو قال

---

(١) راجع كشاف القناع ج ١ ص ١٨١ والفروع وتصحيحه ج ٢ ص ٦١٨

كفلت بنفسى فلان . شهرا أو ثلاثة أيام لم يذكر محمد هذا الفصل فى الكتاب ومن المشايخ من قال أن الكفيل فى هذه الصورة يطالب فى المدة ويبرأ بمضى المدة وإليه مال الشيخ عبد الواحـــد الشيبانى ، ومنهم من ذهب إلى أنه يكون كفيلا أبداً وبلغوا التوقيت مثله قول الزوج لزوجته أنت طالق شهرا ونسب صاحب البحر هذا إلى الأصل لمحمد أقول وما الفرق بين هذه وما بقتها وقد نص فيها على عدم الخلاف .

وفى ابن عابدين — لو قال كفلت لك زيدا أو ما على زيد من الدين إلى شهر صار كفيلا فى الحال أبداً أى فى الشهر وبعده ولكن لا يطالب إلا بعد الشهر ويكون ذكر المدة لتأخير المطالبة إلى شهر لا لتأخير الكفالة وقيل لا يصير كفيلا فى الحال بل بعد المدة فقط وهو ظاهرة عبارة الأصل لمحمد وعلى كل من القولين لا يطالب فى الحال وهو ظاهر الرواية كما فى التتارخانية وفى السراجية وهو الأصح وفى الصغرى وبه يفتى كما فى البحر — قلت ومقابلة ما قاله أبو يوسف والحسن أنه يطالب فى المدة فقط أما بعدها فيبرأ كما فى الظاهرية وغيرها وفيها أيضا كما سبق نقلا عن الهندية — لو قال كفلت من هذه الساعة إلى شهر تنتهى الكفالة بمضى الشهر بلا خلاف وقال ابن عابدين وينبغى عدم الفرق بين الصور الثلاث فى زماننا وهى :

(١) كفلت إلى شهر دون ذكر بداية .

(٢) وكفلت من هذه الساعة إلى شهر .

(٣) وكفلت شهراً .

كما هو قول أبى يوسف والحسن لأن الناس اليوم لا يقصدون بذلك إلا توقيت الكفالة بالمدة وأنه لا كفالة بعد هذه المدة . ومبنى ألفاظ الكفالة

على العادة وأن كلام كل عاقد وناذر وحالف وواقف يحمل على عرفه سواء وافق اللغة أم لا . ج ٤ ص ٢٨٤ طبعة الحلبي .

(٣) وجاء فى المنتزع المختار للزيدية ، ويصح توقيتها كأن يقول شخص لآخر ضمنت لك هذا الشخص فى هذا الشهر فيبرأ بتسليمه إليه فى ذلك الشهر ومتى مضى الشهر بطلت الكفالة وقد علق على هـــذا صاحب التعليقات بقوله هذا فى كفيل الوجه أما فى كفيل المال فلا يبرأ إلا بتسليم المال، ومعنى ذلك أن الكفالة تصح ويلغو التوقيت ثم قال وفى كتاب الزهور أنه لا فرق بين الكفالة بالنفس والكفالة بالمال فى صـــحة التوقيت ثم قال وهو ظاهر .

وفى البحر الزخار للزيدية - وتصح مؤقتة فى الابتداء كبعد شهر وله الرجوع قبله ومؤقتة فى الانتهاء كالى شهر فتسقط بعده ويصح تعجيل المؤجل كالقرض فإن امتنع من القبول أى من قبول الأداء بلا عذر — ولا حاكم — أشهد عليه وبرىء .

ومن هذا يرى أن الزيدية مختلفون أيضاً فى صحة توقيت الكفالة بالمال وإن أظهر الرأيين الصحة لاقتصار صاحب البحر الزخار على ذلك . وأرى أن هذا من قبيل الاستحسان كرأى الحنابلة(١) . وفى نهاية المحتاج للشافعية والأصح أنه لا يجوز توقيت الكفالة كأنا كفيل يزيد إلى شهر وأكون بعده بريئاً — والثانى يجوز ذلك لأنه قد يكون له غرض فى تسليمه هذه المدة

---

(١) راجع المنتزع جـ ٤ ص ٢٦٣ ، ص ٢٦٤ والبحر الزخار جـ ٥ ص ٧٤ .

وليس له غرض فى تسليمه بعدها بخلاف المال فإن المقصود منه الأداء فلهذا امتنع تأقيت الضمان قطعاً والظاهر أنها تصح ويلغو التوقيت .

ومقتضى هذا أن ضمان المال لا يصح توقيته ووجه ذلك ظاهر لما قدمنا أما ضمان الوجه ففيه خلاف وأصح القولين عندهم عدم الصحة(١) .

هذا وليس يصح توقيت الضمان عند الشيعة الجعفرية ومن ذهب مذهبهم فى براءة المدين بسبب ضمان دينه إذ ان هذا يتنافى مع ما شرع له الضمان وما يترتب عليه من براءة ذمة المدين .

ومما تقدم يتبين أن القول بصحة توقيت الكفالة على رأى من يرى أن ذمة الكفيل تصير بالكفالة مشغولة بالدين المكفول به غير متسق مع رأيهم فى الكفالة . أما على القول بأنها ضم ذمة إلى ذمة فى المطالبة فقط فليس ما يمنع من أن تكون مطالبة الإنسان بالأداء محددة بوقت حتى إذا ما انتهى هذا الوقت انتهت تلك المطالبة ، إذ أن لذلك مثيلا فى الشرع فالولى و ناظر الوقف كلاهما مطالب بأداء الدين الذى هو على المولى عليه وعلى الوقف مادامت الصفة فإذا انتهت انتهت تلك المطالبة وعلى ذلك يكون الرأى بصحة توقيتها غير متعارض مع القول بأنها ضم ذمة إلى أخرى فى المطالبة أما فى التشريع القانونى فلا يعد التوقيت إلا شرطاً والشروط لازمة ما دامت غير محظورة قانوناً وعلى ذلك فتوقيتها قانوناً جائز ملزم وتنتهى بانتهاء وقتها .

إضافة الكفالة :

يجوز إضافة الكفالة بالمال إلى أجل مستقبل كأن يقول الكفيل أنا

---

(١) نهاية المحتاج جـ ٤ ص ٤٤١ .

ضامن لك هذا المال أو هذا الدين ابتداء من الشهر الآتى فلا يكون كفيلا به إلا ابتداء من ذلك الوقت أما قبل حلوله فلا يعد كفيلا ولا يطالب به ، وإذا توفى لم يؤخذ الدين من تركته . غير أن للفقهاء فى ذلك تفصيلا هذا بيانه :

يرى المالكية ، صحة إضافة الكفالة إلى زمن مستقبل فإن كان معلوماً فالأمر ظاهر ولا يطالب الكفيل إلا إذا حل ذلك الوقت وإن كان مجهولا جهالة غير فاحشة لم تفسد الكفالة ولكن يضرب له القاضى أجلا بقدر ما يرى فاذا مضى الأجل الذى حدده صار مطالباً ، ففى المدونة — ولا بأس أن يتكفل بمال الغريم إلى خروج العطاء وإن كان مجهولا إذا كانت الكفالة فى دين قرض أو ثمن مبيع — وفيها : أرأيت أن قال إن لم يوفك فلان حقك فهو على ولم يضرب لذلك أجلا أيلزم الكفيل ذلك الحق ؟ قال أرى أن يتلوم له السلطان على قدر ما يرى فإذا لم يوف الحق فى ذلك الوقت ألزمه بالمال إلا أن يكون الذى عليه المال حاضراً مليئاً ، وهو الأصيل ، وفيها : فان قال إن لم يوفك حقك حتى يموت فهو على(٢)، أيكون له أن يأخذ منه شيئاً قبل موت فلان ؟ قال : أرى أن ليس له ذلك إلا بعد موت فلان لأن هذا بمنزلة الأجل يضربه لنفسه .

فهذا كله يفيد أن المالكية يرون صحة الإضافة فى الكفالة سواء أكانت إلى أجل معلوم أم مجهول جهالة غير فاحشة وعندئذ لا يترتب عليها أثرها إلا إذا حل الوقت الذى أضيفت اليه .

---

(١) راجع الحطاب ج ٥ ص ١٠١ والمدونة ج ١٣ ص ١٣١ وص ١٣٢ طبعة الساسى .

(٢) فى هذه الصورة والتى قبلها يلاحظ أن الكفالة معلقة والتعليق فى معنى الاضافة إلى وقت تحقق الشرط المعلق عليه وهو مجهول والتعليق فى ذاته ضرب من الاضافة فاذا صح العقد مع التعليق صح مع الاضافة .

ويرى الحنفية : أن الإضافة اذا كانت الى أجل معلوم بأن كفل ابتداء من الشهر الآتى أو من السنة الآتية جازت الكفالة : فى الهندية نقلا عن التبيين — ويجوز تأجيلها الى أجل معلوم . والجهالة اليسيرة فيها محتملة وجميع الآجال فى ذلك على السواء أى القريب والبعيد .

ولكن هذا الموضوع يحتاج الى بيان يتضح به الفرق بين اضافة الكفالة وتأجيل الدين المكفول به وفيما يلى البيان :

الكفالة قد تكون بدين لما يوجد عند انشائها وقد تكون بدين موجود عند انشائها . فإذا كان الدين غير موجود عند انشائها وتعلقت به بسبب اضافتها اليه كأن يقول الكفيل للدائن كفلت لك ما ستقرضه لفلان من مال أو بسبب تعليقها به كأن يقول إن أقرضت فلاناً مائة جنيه فأنا كفيل بها فان الكفالة فى هذه الأحوال تكون مرجأة الى وقت تحقق سبب الدين أى وقت ثبوته وبذلك تعد مضافة الى زمن مستقبل وهو الزمن الذى يتحقق فيه الدين ولا يترتب عليها أثر الا من ذلك الوقت .

أما اذا كان الدين المكفول موجوداً عند انشائها فانه قد يكون عندئذ حالا وقد يكون مؤجلا .

فإذا كان حالا وأضيفت كفالته الى زمن مستقبل كأن يقول الكفيل كفلت لك دينك قبل فلان ابتداء من الشهر الآتى لم يكن للكفالة أثر الا من وقت حلول الشهر وتأجل الدين بالنظر الى الكفيل وحده لالتزامه به ابتداء من الشهر الآتى نتيجة لإضافة الكفالة . أما بالنظر الى المدين الأصيل — وقد كان الدين عليه حالا — فلا يتغير وصف الدين ويستمر عليه حالا اذ لا يلزم من تأجيل الدين على الكفيل بسبب كفالته المضافة تأجيله على المدين الأصيل .

وقد تصدر الكفالة فى هذه الحال غير مضافة ولكن قيــدت بشرط تأجيل الدين المكفول الى زمن مستقبل كأن يقول الكفيل كفلت لك دينك قبل فلان على أن يكون مؤجلا الى شهر كذا وعندئذ يلاحظ أن صفة التأجيل لم تتعلق بالـكفالة نفسها فصدرت منجزة ولكنها تعلقت بالدين فكانت شرطاً فيه ووصفاً له باعتباره مكفولا وتعلقت به الكفالة على هـذا الوضع وعلى هذا الشرط ونتيجة ذلك أن الكفيل لا يطالب به الا عند حلول الأجل المشترط فى عقد الكفالة اذ أن التزامه به قد قام على ذلك — لا خلاف فى ذلك وهذا هو الحكم بالنسبة الى الكفيل .

أما بالنسـبة الى المدين الأصيل — وقد كان الدين عليه حالا — ففى ظاهر الرواية أنه يتأجل أيضاً عليه فلا يطالب به الا عند حلول الزمن الذى أجل اليه الدين فى عقد الكفالة .

وروى بن سماعة عن محمد ان التأجيل يكون قاصراً على الكفيل وحده ويبقى الدين حالا كما هو على المدين الأصيل لأن عقد الكفالة تم بين الكفيل والدائن على تأجيل الدين وذلك لا يكون الا لمن شرطه ولم يشرطه الكفيل للمدين الأصيل فيقتصر على الكفيل ويختص به كما لو كفل الدين كفالة مطلقة ثم اتفق مع الدائن على تأجيل الدين فان ذلك التأجيل يقتصر عليه بلاخلاف .

ووجه ظاهر الرواية أن تأجيل الدين كان بمقتضى عقد الكفالة وقد جعل شرطاً فى ثبوت الكفالة وذلك ما يجعل التأجيل صفة للدين الذى كفله الكفيل وليس هناك الا دين واحد شغلت به ذمة كل من الكفيل والأصيل واذا كان واحداً وقد تأجل على الكفيل فانه يتأجل على الأصيل وهـذا بخلاف ما اذا كان التأجيل بعد حدوث الكفالة لأنه تأخير للمطالبة أو تنازل عنها فى وقت معين بالنسبة الى الكفيل فلا يتجاوزه الى الأصيل .

ومما ينبغى ملاحظته أن وفاة الكفيل قبل الوقت حال اضافة الكفالة يترتب عليها سقوط الكفالة وبطلانها ولكن وفاته فى حال اشتراط تأجيل الدين وهى الصورة الثانية لا يترتب عليها سقوطها ولكن يؤخذ الدين من تركته ان ترك مالا لحلوله على الكفيل بوفاته .

أما اذا كان الدين مؤجلا عند انشائها فأضافها الكفيل الى زمن مستقبل فان كان بعد أجل الدين استمر الوضع بالنسبة الى المدين الأصلى كما هو . ولم يكن لها وجود بالنسبة الى الكفيل الا من وقت حلول الزمن الذى أضيفت اليه ووجه ذلك ظاهر، وان كان حلوله قبل أجل الدين لم يتغير الحكم بالنسبة الى المدين الأصيل اذ لا يلزم بسقوط أجل له فيه منفعة بدون ارادته ،وطولب الكفيل ابتداء من وقت حلول الزمن الذى أضيفت اليه الكفالة دون الأصيل وذلك هو الحكم فى حال ما اذا كفل الكفيل الدين فى هذه الحال على أن يكون حالا فان الحلول يقتصر على الكفيل للسبب نفسه .

أما اذا كفل الكفيل الدين كفالة مطلقة كأن يقول الكفيل كفلت لك دينك قبل فلان فان مطالبة الكفيل تتأجل الى وقت حلول الدين على الأصيل لأنها كفالة بدين مؤجل فيلزمه بوصفه وهو أجله الذى له قبل الكفالة كما يلزمه بوصفه من الحلول اذا ما كان حالا فكفله كفالة مطلقة وهذا ظاهر .

ومن البيان السابق يتضح الفرق بين الكفالة المضافة إلى زمن مستقبل والكفالة المنجزة بالدين المؤجل إذ أن شغل الذمة فى الأولى بالدين لا يكون إلا عند حلول الوقت الذى أضيفت إليه الكفالة ومن ثم تبطل إذا توفى الكفيل قبله أما فى الثانية فيكون شغل ذمة الكفيل بمجرد إنشاء الكفالة ومن ثم لا تبطل بالموت وجاز الرجوع على التركة حينئذ بالدين بخلاف الحال الأولى فإنه لا يجوز الرجوع على التركة بشىء من الدين المكفول .

وجعله القول أن المشهور فى المذهب والذى عليه الفتوى هو ما نقل فى الهندية عن التبيين من جواز اضافة الكفالة إلى الزمن المستقبل وأن الجهالة اليسيرة فيه محتملة وأن جميع الآجال فى ذلك على السواء كما سيأتى :

وروى عن أبى يوسف أن الكفالة لاتقبل الاضافة وأن من قال أنا كفيل بهذا الدين الى ثلاثة أيام (١) كان كفيلا فى الحال ويبطل التأجيل كالحكم اذا قال رجل لزوجته أنت طالق بعد ثلاثة أيام فإنها تطلق عنده فى الحال ويلغو التأجيل وعلى هذا يطالب فى الحال .

وذهب الفقيه أبو جعفر الى أن الكفيل فى مثل هــــذه الصورة يكون كفيلا فى الحـال ولكن لا يطالب بالدين الا بعد ثلاثة أيام لأن ذكر الأيام الثلاثة انما يراد به تأخير المطالبة لا تأخير الكفالة واضافتها ، بدليل أنه لو دفع الدين الى الدائن قبل أن يمضى الوقت المعين أجبر الدائن على قبوله وذلك دليل على شغل ذمته كما يجبر على قبوله من المدين اذا أداه قبل أجله ، ولو لم تكن ذمته مشغولة به لكان أجنبيا بالنسبة الى أدائه فى هذا الوقت ولم يجبر الدائن على قبول الدين منه لأن الدائن لا يجبر على قبول أداء دينه من أجنبى تبرع بأدائه وعلى ذلك تكون هذه الصورة من باب تأجيل الدين لا من باب اضافة الكفالة .

واذا كانت الفتوى على أن الكفالة تقبل الاضافة فقد بنى على ذلك ما جاء فى المحيط للسرخسى من أن اضافة الكفالة بالمال الى وقت معلوم أو مجهول جهالة غير فاحشة كاضافتها الى الحصاد أو الدارس أو الى المهرجان

---

(١) والظاهر أنه لم ير فى هذا توقيتا بل اضافة ولعل ذلك كان عرفا لهم فى هــــذا الأسلوب وذلك بدليل قوله أنه يكون كفيلا فى الحال وتلغوا الاضافة وذلك ما يتسق مع الاضافة لا مع التوقيت ويتحقق التناسق والتشابه مع الفرع الذى اتخذه أصلا يقاس عليه عدم صحة توقيت الطلاق أو تأجيله .

أو إلى النيروز تحوز إلى الأجل الذى سمى . لأن هذا الأجل وإن كان فيه نوع جهالة إلا أنها جهالة مستدركة متقاربة لا يترتب عليها نزاع فلا تمنع صحة الكفالة لأنها مبنية على التوسع . ألا ترى أن جهالة المكفول به لا تمنع صحتها مع أنه المقصود منها وهو المعقود عليه ، فجهالة ما ليس بمعقود عليه وهو الأجل لا تمنع صحتها من طريق أولى . وكذلك إذا أضيفت إلى العطاء أو الرزق فإنها جائزة إلى ذلك الأجل ولو أضيفت إلى وقت قدوم فلان صحت أيضاً إذا كان فلان هذا هو المكفول عنه لأن قدومه من سفره ميسر لاقتضاء الدين منه ولا يصح التأجيل إذا لم يكن مكفولا عنه وتكون منجزة .

أما إذا أضافها إلى نزول المطر فإن التأجيل لا يصح إذ ليس ذلك من الآجال المتعارفة فقد ينزل المطر عقب عبارته وقد يتأخر نزوله إلى وقت بعيد فكانت جهالة متفاحشة وإذا بطل الأجل لتفاحش الجهالة فيه وعدم تعارفه صحت الكفالة (١) وكانت منجزة .

وإلى هذا ذهب الزيدية ، فليس بين المذهبين فرق

ويرى الحنابلة صحة إضافتها إلى وقت معلوم كأول الشهر وطلوع الشمس . أما اذا أضيفت الى وقت فيه جهالة متعارف قبولها والتجاوز عنها كوقت الحصاد والدراس والجذاذ والعطاء ففى ذلك قولان :

أولاهما يقضى بصحتها ، لأنها تبرع من غير عوض جعل له أجل فلا يمنع من حصول المقصود منه فصحت كالنذر وهكذا كل مجهول لا يمنع المقصود من الكفالة .

---

(١) العناية ج ٥ ص ٤٠٦ طبعة شلبى ج ٥ ص ٤٠٥ فتح القدير ج ٥ ص٤٠٦ .

وثانيهما عدم الصحة . أما اذا كانت الجهالة فاحشة غير متعارفة فإن الكفالة تكون باطلة خلافاً للحنفية اذ ذهبوا الى صحتها وسقوط الأجل . وقد أشرنا الى ذلك نقلا عن الهندية .

ويرى الشافعية عدم صحة إضافتها كما لا يرون صحتها مع توقيتها أو مع تعليقها ولكن لو نجزها وشرط تأجيل المكفول به شهراً ونحوه جاز ، لأنها كفالة منجزة حينئذ وقد التزم فى ذمته المكفول به مؤجلا وهو مايصح تأجيله فتأجلت المطالبة بتأجيله لا بإضافتها . قال صاحب نهاية المحتاج — ومن عبر من الشافعية بجواز تأجيل الكفالة أراد هذه الصورة وهى تأجيل الدين المكفول به . والتأجيل فى هذه الصورة إلى الحصاد والعطاء ونحوها غير مقبول .

وذهب الشيعة — إلى ما ذهب إليه الشافعية من عدم صحة الكفالة المضافة والمعلقة ولا يكون الضمان عندهم إلا منجزاً (١) .

تعليقها :

يرى الحنفية صحة تعليق الكفالة بالشرط الملائم مثل أن يقول مابايعت فلاناً فعلى أو ما كان لك عليه فعلى وما غصبك فلان فعلى ويعتبر الشرط ملائماً إذا كان شرطاً لوجوب الحق كقول الشخص إذا استحق المبيع فأنا ضامن الثمن أو شرطاً لإمكان الاستيفاء كقوله إذا قدم زيد « المكفول عنه » أو لتعذر الاستيفاء كقوله اذا غاب فلان « المدين » فيصح التعليق فى هذه الأحوال .

---

(١) راجع المنتزع ج ٤ ص٢٦٢ وص ٢٦٢ ، ٢٢٤ وتحرير الأحكام ج١ ص٢٢١ والمغنى ج ٥ ص ١٠٠ ونهاية المحتاج ج ٤ ص ٤٤٩ والمبسوط للسرخسى ج ١٩ ص ١٧٢ وما بعدها والهندية ج ٣ ص ٢٧٨ وبدائع الصنائع ج ٦ ص ٣ والبحر ج ٦ ص ٢٢٧ والحطاب ج٥ ص١٠١ .

أما اذا لم يكن ملائماً كقوله ان هبت الريح أو ان نزل المطر أو ان دخلت الدار فأنا كفيل فلا تصح الكفالة (١) ... ذلك لأن تعليقها بشرط غير ملائم لما لا يظهر فيه غرض صحيح فكان ذلك ضرباً من اللهو والهزل ولا تصح العقود مع ذلك.وانما صحت مع جعل ما لا يلائم شرطاً مقترناً بها أو وقتاً مضافة اليه لأن الشرط المقترن والوقت كلاهما أمر عارض للعقد لا تتوقف عليه سببيته ولا مانع منها فلا يكون لاقتران العقد بهما أثر فى ابطاله اذ لا يلزم من بطلان العارض اذا ما كان العارض معدوداً من العيوب بطلان ما عرض له وهذا بخلاف الشرط المعلق عليه اذا كان معيبا بسبب عدم ملاءمته فإن ذلك يعيب العقد لتوقف سببيته العقد عليه فيبطل العقد وما جاء فى الكنز من أن الكفالة تصح اذا ما علقت على شرط غير ملائم ويلغو التعليق مثل ان هبت الريح فأنا كفيل بهذا المال غير ما فى الكتب المعتمدة فلعل ذلك رواية أخرى أو سهو من صاحب الكنز كما جاء ذلك فى التبيين للزيلعى مستنداً الى ما فى الفتاوى الخانية وقد بحث هذه المسألة صاحب أنفع الرسائل ونقل أكثر ما جاء فى الكتب المعتمدة وهى تؤيد ما ذهبنا اليه أولا ، وانما جاز تعليق الكفالة بالشرط الملائم دون غيره لأن للكفالة شبهين — شبها بالتمليك من ناحية ما يترتب عليها من تمليك الطالب حق مطالبة الكفيل وهذه ناحية فيها تقتضى عدم صحة تعليقها مطلقا لا فرق بين شرط ملائم وآخر غير ملائم ... وشبها بالنذر من ناحية أنها التزام وذلك ما يقتضى صحة تعليقها بأى شرط . فعملا بالشبهين وضعت موضعا وسطا ، فبالنظر الأول لم يجز تعليقها بغير الملائم وبالنظر الثانى صح تعليقها بالشرط الملائم هكذا ذكر الحنفية . والذى يظهر لى أن المسألة مسألة عرف وقد تعارف الناس تعليقها بالشروط الملائمة لتحقق الصلة بينها وبين الشرط ولم يتعارف تعليقها بغير الملائم لفقدان الصلة بينها وبين الشرط وعدوا ذلك لغواً

(١) الهندية ج٣ ص٢٧١ والفتح ج٥ ص٤٠٦ .

من القول(١) . ومما يتفرع على ذلك أنه لو قال شخص لآخر عامل فلاناً وأنا كفيل بكل ما سيكون لك فى ذمته من ذلك صحت هذه الكفالة لأنها معلقة فى المعنى على ثبوت الدين ولزم الكفيل كل مايثبت فى الذمة بالغاً مابلغ لمكان الاطلاق والعموم وخالف المالكية فقالوا ان ذلك مقيد عرفاً فلايلزمه الا القدر المتعارف المتعامل به .

ويرى الزيدية صحة تعليقها بالشرط ولم يشترطوا ملائمة الشرط لها فتصح اذا علقت ويلتزم الكفيل بالمال اذا ما تحقق الشرط (٢) .

أما الحنابلة ففريقان : فريق يرى عدم صحة تعليقها وبطلانها مع التعليق وهو ما اختاره القاضى وهو مذهب الشافعى ونسبه بن قدامة لمحمد بن الحسن من الحنفية لأن فى التعليق خطراً فلم يجز تعليق الضمان عليه ذلك لأن الكفالة تثبت حقاً لآدمى معين فلم يجز تعليق ثبوته على شرط ، كما لا يجوز توقيتها عند هؤلاء قياساً على الهبة والتمليكات .

وفريق يرى صحة تعليقها مطلقاً واليه مال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب . وفى نهاية المحتاج — والأصح أنه لا يجوز تعليق الضمان والكفالة وقيل يجوز لأن القبول لا يشترط فيهما فجاز تعليقهما كالطلاق لأنها مجرد التزام .

وذهب الشيعة الجعفرية الى بطلانها مع التعليق أو الإضافة ولا تصح الا منجزة عندهم(٣) .

---

(١) الهداية والفتح جـ ٥ ص٤٠٤ .

(٢) البحر الزخار جـ ٥ ص ٧٤ والمنتزع جـ ٤ ص٢٦٣ .

(٣) تحرير الأحكام جـ٢ ص١ ٢٢١ وما بعدها .

أما المالكية فيوجد فيما ذكروه من فروعهم فروع عديدة تدل على صحة تعليق الكفالة على الشروط الملائمة ولم أعثر لهم على فرع علقت فيه على شرط غير ملائم . والظاهر من هذا صحة تعليقها عندهم على الشرط الملائم وعدم صحتها عند تعليقها على غير الملائم .

اقتران الكفالة بالشروط :

نريد بالشرط التزام المتصرف فى تصرفه بأمر زائد على أصل التصرف سواء أكان هذا الالتزام مما يقتضيه ذلك التصرف — شرط أم لم يشرط — أم لم يكن من مقتضاه . وسواء أكان فيه منفعة لمن التزم به أو لغيره أم لم يكن فيه منفعة لأحد .

وليس بين الفقهاء خلاف فى أن الشروط التى يشترطها الناس فى عقودهم منها ما هو مباح جائز التزامه ويجب الوفاء به إذا التزم ويسمى هذا النوع بالشروط الصحيحة ، ومنها ما هو محظور لا يجوز التزامه ولا يجوز الوفاء به إذا ما تم الاتفاق عليه ، ويسمى هذا النوع بالشروط الفاسدة أو الباطلة ، وانما يختلفون فيما يعد من هذه الشروط شرطاً صحيحا مباحا يجب الوفاء به اذا ما اشترط ، وما يعد منها شرطاً فاسداً أو باطلا محظورا اشتراطه ، لا يجوز الوفاء به اذا ما اشترط ، كما يختلفون فيما يترتب على اشتراط هذا النوع الأخير من الشروط فى عقد من أثر فيه أيفسد العقد لفساد الشرط فيه أو يصح العقد ويلغو الشرط فقط لفساده .

ولاختلافهم هذا اختلفوا فى وضع الضوابط والحدود التى تتميز بها الشروط الصحيحة من الشروط غير الصحيحة ذلك لأنها ضوابط وحدود مستنبطة من حلول مختلفة متعددة أثرت عن الصحابة والتابعين وعن الأئمة المجتهدين لا يجمعها ضابط واحد ولا تحدها حدود مستقرة ثابتة بسبب

اختلافهم فيها اختلافاً كبيراً فتعددت بسبب ذلك المذاهب فى الاشتراط واختلفت توسعه على الناس وتضيقا عليهم فكان أضيقها دائرة مذهب أهل الظاهر وأوسعها دائرة مذهب فريق من الحنابلة وعلى رأسهم ابن تيمية وابن القيم وفيما بين ذلك مذاهب متعددة مختلفة ضيقاً وسعة .

فأهل الظاهر يذهبون إلى أنه لا يصح لعاقد شرط الا اذا ورد به شرع وكل شرط لم يرد به كتاب ولا سنة شرط باطل يبطل به العقد الذى اشترط فيه ، لأن الرضا الذى يقوم عليه هذا العقد قد قرن بذلك الشرط وأسس عليه فإن بطل الشرط فلم يوف به زال الرضا المؤسس عليه العقد ، وإذا زال الرضا بطل العقد لقيامه عليه وقد نقل ابن تيمية عنهم أنهم مع ذلك التضييق لم يصححوا شروطاً وردت بها السنة بناء على أنها منسوخة أو على أن الأثر الوارد بها غير ثابت .

ولا ريب فى أن هذا الرأى لا يصلح عليه أمر الناس ، فان العقود انما حدثت فشرعت سداً لحاجات الناس وتوفيراً لمصالحهم وما كان الاشتراط فيها إلا نتيجة لقصورها فى بعض الحالات عن سد هذه الحاجات فأضيفت إليها من الشروط ما بقى بالفرض منها وذلك ما يستوجب أن يكون الاشتراط فى العقد سائغاً جائزاً إلا إذا ترتب عليه ضرر فنهى عنه الشارع لذلك .

وابن تيمية وابن القيم من الحنابلة ومن ذهب مذهبهم يذهبون إلى أن الشروط الصحيحة هى التى لم يرد عن الشارع نهى عنها ولا تتعارض مع ما شرعه الله سواء أقام الدليل على اعتبارها أو لم يقم ، وسواء أوافقت مقتضى العقد أم لم توافقه ، لاءمت حكمه أم لم تلائم .

وبناء على ذلك فالأصل فى الشروط عامة الصحة ، ولا يحرم منها إلا ما نهى عنه أو خالف ما شرعه الله ،

وقد ذهب هذا المذهب فريق من الشيعة الجعفرية وهو المختار عند الطباطبائى ، فقد جاء فى كتابه مفاتيح الأصول . اذا شرط شرط فى عقد ولم يقم دليل من الشرع على صحته أو فساده بالنصوص،فهل الأصل الصحة أو الفساد ؟ فيه أشكال ولكن يحتمل احتمالا قويا الأول لعموم قوله صلى الله عليه وسلم المؤمنون عند شروطهم .

وبين هذين الرأيين مذهب الحنفية ، ومذهب المالكية،ومذهب الشافعية ومذهب جمهور الحنابلة ،ومذهب الزيدية ، ومذهب فريق من الشيعة الجعفرية وليس أهل كل مذهب من هذه المذاهب على وفاق بينهم فى ذلك بل يختلفون أيضاً فيما بينهم ، فبينما ترى بعضهم يعد شرطا من الشروط شرطا صحيحاً ترى بعضهم الآخر يعده غير صحيح ، وبينما ترى بعضهم يجعل العقد لشرط معين شرط فيه عقداً فاسدا أو باطلا ترى بعضهم يجعله مع هذا الشرط عقدا ، صحيحاً ويلغى الشرط وحده .

ودراسة هذه الآراء ووزنها ومقارنتها بعضها ببعض تتطلب دراسة خاصة لسنا الآن بصددها وانما عرضنا لها استطراد كمقدمة لدراسة أحكام الكفالة عند اقترانها بالشروط ويكفى لدراسة هذه الأحكام أن تقتصر على أشهر الآراء فى كل مذهب من هذه المذاهب مع بيانها فى اجمال .

مذهب الحنفية :

الشروط التى تشترط فى العقود ثلاثة أنواع عند الحنفية شروط صحيحة وشروط فاسدة وشروط باطلة . فالصحيح عندهم ما كان مقتضى للعقد أو ملائما له أو جاء بجوازه شرع أو جرى به العرف . وفسر بعضهم الملائم للعقد بالمقرر لمقتضاه أو المؤكد لمقتضاه ، وفسره صاحب السراج الوهاج بأنه ما كان راجعاً إلى بيان صفة مطلوبة فى الثمن أو فى البيع أى فى موضوع العقد . والتفسير الأخـــير أشمل وأوضح . وعلى ذلك يرى أن الشرط الصحيح عندهم أربعة أنواع :

١ — ما يقتضيه العقد ، واشتراط هذا النوع كعدم اشتراطه ، لأن مقتضاه لازم بالعقد شرط أو لم يشرط .

٢ — والملائم للعقد .　　　　٣ — والجائز بدليل شرعى .

٤ — وما جرى به العرف .

والفاسد عندهم ما عدا ذلك إذا كان فيه منفعة لمن هو أهل للاستحقاق سواء أكان أحد العاقدين أو انساناً غيرهما ، والباطل ما عدا الصحيح إذا لم يكن فيه منفعة لأحد من أهل الاستحقاق .

وقد ذكر الحنفية أن الشرط الصحيح اذا ما اشترط فى أى عقد وجب الوفاء به لأنه مما تم التعاقد عليه فكان جزءا من العقد يلزم بلزوم العقد . وأن الشرط الفاسد إذا ما اشترط فى العقد فسد به العقد إذا كان عقد معارضة كالبيع والاجارة والصلح على مال والمزارعة والمعاملة ، وألحقوا بذلك اجازة هذه العقود والابراء من الدين . والاقرار وأضاف بعضهم إلى ذلك الرجعة . أما اذا كان فى عقد تبرع او عقد توثيق فأنه يلغو ويصح العقد كالقرض والهبة والصدقة والوصاية والرهن والكفالة والحوالة ، وألحقوا بذلك النكاح والطلاق والخلع والشركة والوكالة .

وأن الشرط الباطل إذا ما شرط فى عقد لغا ، وصح العقد أى عقد كان — وعلى ذلك فالنتيجة أن الكفالة والحوالة لا تبطل بالشروط ، ويجب الوفاء بالشرط الصحيح إذا شرط فيها ويلغو الشرط إذا كان فاسداً أو باطلا مع صحتهما — راجع الهداية والفتح جـ ٥ ص ٢١٤ — ص ٢١٩ ، وابن عابدين جـ ٤ ص ١٣٤ — ص ١٣٨ .

تطبيقات :

إذا كفل شخص لإنسان مالا له قبل فلان مشترطا عليه فى كفالته

هذا المال أن يعطيه المدين رهنا به معينا ، وقبل ذلك المكفول له صحت الكفالة ولزم الشرط لأنه صحيح لا ينافى مقتضاها ، فإذا أبى المدين إعطاء الرهن كان الكفيل مخيرا بين أن يمضى فى الكفالة وأن يفسخها .

وفى رأيى أن هذا اشتراط فى معنى التعليق اذ الشرط يجب يكون التزاما من أحد طرفى العقد لطرفه الآخر المشترط له وذلك يقتضى أن يكون تنفيذه فى مكنته وتنفيذ هذا الشرط ليس فى مكنة المكفول له إذ ليس له سلطان على المدين ، وإذن يكون معنى ذلك أنه كفل له دينه أن أعطى به المدين رهنا . فإن أعطى به رهنا تحققت الكفالة وإلا لا ، وعند ذلك لابد من كفالة جديدة . وإذن فمعنى مضى الكفيل فى الكفالة اذا لم يتحقق الشرط تجديدها .

وإذا كفل شخص دين انسان على أن يوفيه أياه من وديعة للمدين عنده وقبل كل من المكفول له والمدين ذلك فالكفالة صحيحة ويجبر الكفيل الوديع على إيفاء الدين من الوديعة فإن هلكت فلا ضمان على الكفيل وتنتهى الكفالة ، وإذا رد الوديعة إلى صاحبها أو أخذها منه صاحبها عن رضى ضمنها . والدين على الضامن بمقتضى كفالته لقيام ضمان الوديعة مقامها وإذا ضمن ديناً على ألا يؤديه فى حياته فذلك جائز ويؤخذ من تركته بعد وفاته لأن ذلك فى معنى اضافة الكفالة إلى ما بعد الموت وإضافتها جائزة الهندية جـ ٣ ص ٢٧٢ و ص ٢٧٣ .

وهذه هى الكفالة المقيده بالعين وقد تقيدت بعين مملوكة للمدين فى هذه المسألة ويلاحظ أن مقتضى الحكم فى الصورة الأولى التى قيدت فيها الكفالة بالوديعة أن الدين لا يؤخذ من مال الكفيل وانما يؤخذ من الوديعة أو من ضمانها فقط حتى اذا هلكت لا إلى بدل بطلت الكفالة وإذن كيف يتم

شغل ذمة الكفيل بالدين أو بأدائه إذا لم يلزم الكفيل فى ماله وخاصة عند هلاك الوديعة وهل يكفى فى تحقق الكفالة فى هذه الصورة وثبوت ضمان الكفيل بناء عليه أن تشغل ذمة الكفيل بأداء الدين من مال المدين ؟ — الواقع أن هذه كفالة مقيدة بعين للمدين كالحوالة المقيدة بمال للمدين وقد ذكرها قاضيخان فى شرحه على الزيادات لمحمد(١) .

---

(١) وإذا كانت الكفالة ضم ذمة إلى ذمة فى الدين أو فى المطالبة وبها تشغل الذمة فقد تقيد بعين المدين فى يد الكفيل وعلى هـذا يجبر الكفيل على الوفاء منها لا من ماله وهذه يشترط فيها رضا المدين بذلك ورضاه بذلك جعل له الحق فى أن يتصرف فى الوديعة بالبيع فى سبيل الوفاء منها ويكون تصرفه بناء على قيامه مقام المدين نيابة عنه نشأت من رضا المدين بهذه الكفالة ويمتنع حينئذ على المدين طلبها من الكفيل كما يمتنع على الكفيل أن يسلمها للمدين . وإذا هلكت بلا تعد فلا ضمان على الكفيل وتنتهى الكفالة بهلاكها وإذا تعدى عليها الكفيل فضمنها قام ضمانها مقامها ولا تنتهى الكفالة — وإذا سلمها الكفيل للمدين كان متعدياً وكان ضامناً لقيمتها وبقيت الكفالة متعلقة بضمانها وإذا وفى الدين فى هذه الحال كان له حق الرجوع على المدين لقيامه بوفاء دين عليه بأمره فلم يكن متبرعاً ومحل النظر فى هذه المسألة أن الكفيل هنا هل يعتبر كفيلا أم يعتبر عدلا رضيه الدائن والمدين وقد رهنت الوديعة عنده ووكل بالوفاء منها ؟

وإذا اعتبر عدلا وجب عند هلاك الوديعة بلا تعد هلاكها على الدائن بالأقل من قيمتها ومن الدين — وذلك ما لم يشر إليه فى هذه المسألة كما يرى أن قولهم بأن المال على الكفيل بمقتضى كفالته عند تعديه على الوديعة بتسليمها إلى المدين ينفى اعتباره عدلا إذ لو كان عدلا فى هذه الحال لكان الحكم أنه ضامن للوديعة وحل الضمان محل الوديعة فى الرهنية وتعلق الدين بالضمان ولا يقال إن الدين على الكفيل بمقتضى كفالته .

وإذا اعتبر كفيلا أى مديناً بمقتضى كفالته فكيف لا يلزم فى ماله فى هذه الحالة وإنما يلزم فى مال غيره حتى إذا هلك بالمجان برئت ذمته ولا يؤخذ الدين من ماله — والإنسان لا يكون مديناً فى مال غيره وقد يقال أنها كفالته مقيدة بالوفاء من الوديعة أى مؤقتة بوجودها تحت ولايته أو بوجود ضمانها ومشروطة بالوفاء منها لا من ماله ونظير هذا الحوالة المقيدة بمال للمدين عند المحال عليه فان الحوالة تنقل الدين من ذمة المدين إلى ذمة المحال عليه ، ومع ذلك تتقيد بما لدى المحال عليه للمحيل المدين من مال إذا قيدت به ولا يوفى الدين إلا منه وإذا هلك المال لا إلى بدل انقضت الحوالة وعاد الدين إلى ذمة المحيل الذى كان مديناً — ولا شك أن هذا نظير ذلك فالمحال عليه فى هذه المسألة مدين ولا يوفى الدين من ماله وفى هـذه الحوالة يقول قاضيخان فى شرحه على الزيادات أنها نوع من الكفالة المقيدة بما للأصيل لدى الكفيل من مال وفيها لا يوفى الدين إلا من هذا المال وعلى ذلك =

ومن فقهاء الحنفية من ذهب إلى بطلان الكفالة إذا اقترنت بالشرط الفاسد ، ومن ذلك ما نقله الكمال بن الهمام عن الخلاصة — إذا كفل شخص دينا لآخر على أن يجعل له الدائن جعلا على كفالته فالكفالة باطلة فتح جـ٥ ص ٤٠٦ ، ومن ذلك أيضاً ما جاء فى الهندية جـ٣ ص ٢٧٣ — وعن أبي يوسف: إذا كفل إنسان دين آخر على أن يعطيه هذا الدين من ثمن هذا المنزل وليس المنزل له فالضمان باطل — وكذلك إذا ضمن على أن يعطيه من ثمن عبده ولا عبد له ، فالضمان باطل. وجاء فيها أيضاً — إذا ضمن دينا على ألا يؤديه فالضمان باطل .

ومقتضى ما قدمناه من أن الكفالة لا تبطل بالشروط أن تصح الكفالة فى هذه المسائل ويلغو الشرط . والمختار عند الحنفية الرأى الأول . وفى

= فالمسألة المذكورة هى نوع من الكفالة التى تقيد بما يكون للأصيل لدى الكفيل من مال كالحوالة المقيدة عند الحنفية — وهذه غير الكفالة المقيدة عند الشافعية وهى الكفالة المقيدة بعين مملوكة للكفيل ولا يكون الكفيل مطالبا إلا فى هذه العين وفى هذه الحال يجب تسليم العين إلى الدائن لتكون تحت يده توثيقاً لحقه فيكون حكمها حكم الرهن وابست رهناً ..

أما ما ذهب إليه القانون فى هذا النوع من الكفالة فهو أن يقوم الكفيل بتقديم العين التى يقيد بها كفالته رهناً إلى الدائن إما رهناً رسمياً أو رهناً حيازياً ولا تتم الكفالة العينية إلا بذلك قانوناً .

وأما الضمان المقيد بالعين عند الشافعية فالظاهر أنه يكون برهنها لدى الدائن من قبل مالكها — وتباع العين فى الدين ولا يصير به مالك العين مديناً حتى لو توفى لا يحل الدين بوفاته ولو تلف المرهون لم يلزمه أداء الدين جـ ٤ ص ٢٤٠ نهاية — وجاء فيها لو قال شخص للمدين ضمنت ما لفلان عليك فى رقبة عبدى من غير قبول المضمون له كفى وكان كالإعارة للرهن — ومقتضى هذا أنه لا يشترط فى الكفالة العينية رهن العين وعلى هذا فلينظر ما ذهب إليه الشافعية فى الكفالة أو الضمان العينى أيجب فيه رهن العين لدى الدائن كالوضع فى العارية التى استعيرت للرهن أم لا يجب فيه ذلك بل يصير مالك العين مطالباً بالدين فى العين وتكون مضمونة عليه إذا هلكت بتعد أو بتقصير من قبله .

الاختيار — وشرط الخيار فى عقد الكفالة جائز وهى أقبل للخيار من البيع حتى جاز فيها اشتراط الخيار أكثر من ثلاثة أيام لأنه لما صح تعليقها بالشرط فلأن تصح بشرط الخيار أولى . وعلى ذلك لا تفسد باشتراط الخيار فيها أكثر من ثلاثة أيام وله الخيار فى المدة . ج ٣ ص ٦٥ .

مذهب الزيدية :

الظاهر من عبارة المنتزع أن الزيدية يصححون الكفالة المقترنة بالشروط مطلقا فان كان شرطا صحيحا لزم ، وان كان غير صحيح صحت ولغا الشرط ففى المنتزع — وتصح الكفالة مشروطة ولو بمجهول غير أنه إذا كان الشرط أجلا مجهولا لم يصح التأجيل بل يلغو وتثبت الكفالة فى الحال إلا أن يتعلق به غرض كالدباس ونحوه فانها تتقيد بذلك تبعا للعرف . أما إذا لم يتعلق به غرض كهبوب الرياح ونزول الأمطار فانه لا يصح وتصح الكفالة .

ومن هذا يرى أن مذهب الزيدية كمذهب الحنفية على المختار عندهم من عدم تأثير الشرط الفاسد فى الكفالة .

مذهب المالكية :

ذهب المالكية إلى أن مايشترط فى العقود قد يكون شرطاً يقتضيه العقد ويستوجبه شرط أم لم يشرط وهذا اشتراطه كعدم اشتراطه . وقد لا يكون كذلك وهذا الأخير نوعان — أحدهما مالا ينافى العقد ولا يؤدى إلى الاخلال بشرط من شروط صحته ، وثانيهما ما نافى مقتضى العقد أو أدى إلى الاخلال بشرط من شروط صحته والنوع الأول من هذين النوعين هو الشرط الصحيح عندهم وهو من أنواع الصحيح أيضاً عند الحنفية والنوع الثانى هو الشرط الفاسد . والأول اشتراطه صحيح والعقد معه صحيح ويجب الوفاء به إن أمكن

والا فسخ العقد بطلب ممن له المصلحة فى فسخه لأن فيه مصلحة مشترطة غير محظورة تم العقد عليها فاذا فاتت وجب فسخ العقد لزوال الرضا به وذلك كأن يشترط الكفيل على الدائن عدم تنازله عما رهنه المدين عنده أو يشترط الدائن على الكفيل أن يطالبه بالدين غاب المدين أو حضر وليس يختلف هذا عن رأى الحنفية فهما شرطان صحيحان عندهم .

والثانى شرط فاسد فان كان اشتراطه مؤديا إلى الاخلال بشرط من شروط صحة العقد كان العقد باطلا ولم يكن للعاقدين خيار فى إمضائه لأنه شرط أريد به حل ما حرمه الله كأن يشترط فى البيع أن يدفع ثمن المبيع من غلاته فى مدة معلومة محددة، وكاشتراط المرتهن على الراهن أن ينتفع بالرهن مادام تحت يده ، وكأن يشترط الدائن على الكفيل أن يطالبه بالدين وان لم يثبت على المدين ، أما إذا لم يؤيد إلى ذلك ، وانما كان منافيا لما يقتضيه العقد كأن يتسبب عنه منع أحد العاقدين مما يملكه بالعقد المشترط فيه مثل أن يشترط البائع على المشترى ألا يبيع المبيع أبداً أو إذا أراد بيعه باعه بنفس ما اشتراه به لا أكثر من ذلك ، وأن يشترط الكفيل على الدائن ألا ينفذ عليه فى أمواله فان اشتراطه يوجب فساد العقد المشترط فيه ما تمسك به مشترطه فان تنازل عنه وتركه صح العقد ونفذ ، ومن ذلك يرى أن حكم العقد مع اشتراط شرط فاسد فيه غير حكمه عند الحنفية .

وفى هذا الموضوع تفصيل طويل وبيان مسهب ذكره الحطاب فى كتابه الالتزامات فارجع اليه ان شئت لأننا ما أردنا الا بيانا اجماليا نؤسس عليه أحكام اقتران الكفالة بالشرط .

وجملة القول أن المالكية يرون أن اقتران الكفالة بشرط يؤدى الى الاخلال

بشرط من شروط صحتها مبطل لها وأن اقترانها بشرط يتنافى مع ما يقتضيه عقدها مبطل لها ما تمسك صاحبه به ، وعلى ذلك قالوا اذا كفل دينه نظير عوض مالى مقدر فالكفالة باطلة كما تقدم لأنه شرط ينافى مقتضاها وهى أنها تبرع وعمل خير لا يصح الاعتياض عنه ، وكذلك قالوا اذا كفل بدينه قبل فلان على أن يكفل له المكفول له بدينه قبل شخص آخر بطلت الكفالة لما فى هذا الشرط من معنى المعاوضة الذى يتنافى مع مقتضاها والكفالة فى هذه الحال باطلة اذا تمسك الكفيل بهذا الشرط — أما اذا تنازل عنه وتركه فانها تصير صحيحة — وكذلك اذا كفل له بما يدعيه من دين قبل فلان وان لم يكن ثابتا فانها تبطل لاقترانها بشرط يخل بشرط من شروط صحتها وهو ثبوت الدين المكفول به ولا تصح بالتنازل عن هذا الشرط كما تقدم .

مذهب الشافعية :

ويرى الشافعية أن الشروط التى تشترط فى العقود قسمان — شروط صحيحة وشروط غير صحيحة . ذلك لأن ما يشترط فى العقود إما أن يكون فى اشتراطه غرض فى العادة والعرف وإما ألا يكون فى اشتراطه غرض فإن لم يكن فى اشتراطه غرض فى العادة والعرف كان شرطا لاغيا وكان اشتراطه لعبا ولهوا ، وعندئذ لا يلزم ولا يؤثر فى العقد وكأنه لم يشترط وهذا محل اتفاق عند الجمهور منهم ، وليس يظن أن يكون هذا محل خلاف بين الجمهور من غيرهم . وإن كان فى اشتراطه غرض عادة وعرفا ، فإن كان من مصلحة العقد اشتراطه صح ولزم وهذا هو الشرط الصحيح عندهم وهو شرط لازم سواء أترتب عليه منفعة لأحد العاقدين أم منفعة لهم جميعاً ، ومن هذا النوع ما يشترط لبيان وصف أحد العوضين فى عقود المعاوضة وما يذكر لبيان ما أعطى للمتبرع له فى عقود التبرع . وإن لم يكن من مصلحة العقد اشتراطه

كان شرطاً فاسداً مفسداً للعقد . ويدخل فى ذلك ما نهى عنه الشارع من الشروط ، فإن النهى عنهـا يدل على أن لا مصلحة للعقد فى اشتراطها بل فى اشتراطها المضرة .

غير أن الشافعية لم يعنوا ببيان مرادهم من « مصلحة العقد » فى حين أنها كلمة مرنة لا تخلو من ابهام يحول دون تحديد المعنى المراد . وقد ذهب فى بيانها الشافعية مذاهب شتى لا ينضبط معها نظام ما يصح اشتراطه ويعـد شرطاً صحيحا ، وما لا يصح اشتراطه ويعد شرطاً فاسداً . كما ذهب الشيخ زكريا الانصارى فى بيان ذلك مذهبا أراه لا يغنى ، فقـد رأى أن الشرط إذا كان يؤدى إلى بقاء صلة بين العاقدين بعد تمام العقد لا يكون من مصلحة العقد اشتراطه ويعد شرطاً فاسداً يفسد العقد باشتراطه فيه. أما إذا لم يؤد إلى ذلك كان من مصلحة العقد اشتراطه وكان شرطـاً صحيحـاً ، ولعله يريد بالصلة التى يفسد بها العقد الصلة التى لا تـكون محددة تحديداً يمنع الخلاف والنزاع . أما المحددة على وضع يحول دون حدوث أى خلاف أو نزاع فلا يترتب عليها فساد الشرط المستوجب لها وذلك كاشـتراط التـأجيل فى البدل إلى أجل مسمى معين (١) وليس يتيسر مع هذا الابهام الموازنة الدقيقة بين مذهبهم ومذهب غيرهم .

وعلى ذلك فالشافعية يرون أن اقتران الـكفالة بالشرط الصحيح جائز وعندئذ تصح الـكفالة ويلزم الشرط ، كما إذا كفل شـخص لآخر دينه قبل مدينه فلان على إلا يطالب بهذا الدين قبل شهر من الآن ، أو على ألا يطالب بذلك الدين ألا بعد عجز المدين عن الوفاء به .

---

(١) راجع اسنى المطالب شرح روض الطالب ونهاية المحتاج ج ٤ ص ٤٤٢ و ص ٤٣١

واقترانها بالشرط الفاسد يبطلها وعلى ذلك لو كفل شخص لفلان دينه قبل فلان على أن يكون فلان هذا بريئاً من هذا الدين المكفول به أو على أن يكون فلان الكفيل بهذا الدين بريئاً منه أو على ألا يطالب به الأصيل فالكفالة باطلة لاقترانها بشرط يخالف مقتضاها وكذلك لو قال شخص لآخر كفلت لك دينك قبل فلان وكل دين تدعيه قبله وإن لم يكن ثابتاً ، فالكفالة الثانية باطلة لاقترانها بشرط يخالف شرطاً من شروطها وهو أن تكون الكفالة بدين ثابت ، وكذلك لو كفل بدينه قبل فلان على أن يعطى عوضا عن هذه الكفالة لم تصح كذلك لاقترانها بشرط فاسد ، وهكذا كل كفالة اقترنت بشرط فاسد .

مذهب الحنابلة :

ويذهب الحنابلة إلى قسمة الشرط قسمين أيضاً : شرط صحيح ـ وشرط غير صحيح . والصحيح عندهم كل ما كان فى اشتراطه مصلحة للعقد مما لا ينافى مقتضاه ولم يرد فيه عن الشارع حظر ، ولكنهم يتوسعون فى معنى المصلحة حتى أنهم ليرون كل شرط يشترط فى العقد شرط صحيح إلا فى الأحوال الآتية :

(١) أن يكون الشرط مستوجباً لإنشاء عقد آخر وذلك لنهى النبى صلى الله عليه وسلم عن صفقتين فى صفقة وهذا النوع من الشروط شرط فاسد يفسد به العقد الذى اقترن به — وهم يتفقون فى هذا مع الحنفية .

(٢) أن يكون شرطاً منافيا لمقتضى العقد الشرعى كأن يشترط البائع على المشترى ألا يبيع المبيع أو لا يقفه ، وهذا النوع من الشروط يعـد شرطاً فاسداً لا يفسد به العقد فيصح العقد معه ويلغو الشرط لأنه يعتبر رفعا للعقد الذى رضيه العاقدان فيكون لغوا ، وهم فى هذا يتفقون مع الحنفية إذا

كان العقد ليس عقد معاوضة — أما عقد المعاوضة فان هذا النوع من الشروط يفسد به عندهم .

(٣) أن يجمع فى عقد بين شرطين وذلك لما رواه عبد الله بن عمر — لا يحل شرطان فى بيع . وغير البيع مقيس عليه ، وقد اختلفت الحنابلة فى المراد بالشرطين فذهب بعضهم إلى أن المراد بهما أى شرطين ولو كانا صحيحين كما هو ظاهر الحديث ، وآخرون إلى أن المراد بهما الفاسدان — وذكر البغوى أن المراد به أن يقول البائع بعتك هذه السلعة بألف نقداً وبألفين نسيئة ، وقد روى عن أحمد أن اشتراط شرطين صحيحين فى العقد صحيح (١) .

وأن هذا الحديث لا أصل له فى كتب السنة وذهبا بن تيمية وابن القيم من الحنابلة إلى أن كل شرط صحيح ما لم يكن شرطاً محظوراً نهى عنه الشارع أو حل حراما أو حرم حلالا « فتاوى ابن تيمية ج ٣ ص ٣٢٣ وما بعدها والواقع أن هذا الموضوع موضوع نظر أو اشكال ، كما يظهر ذلك من خلافهم فى المراد بالشرطين (٢) .

وعلى ذلك فالشرط غير الصحيح عندهم ما كان مستوجبا لانشاء عقد آخر أو ما كان منافيا لما يقتضيه العقد أو ما شرط مع غيره من الشروط . واقتران الكفالة بالشرط الفاسد مفسد لها عندهم إذا ما اقتضى إنشاء عقد آخر فإذا قال شخص كفلت دينك قبل فلان على أن تبرىء « فلانا » الكفيل به من الكفالة لم تصح الكفالة ، وكذا لو قال له على أن تبرئنى من كفالتى

---

(١) راجع نيل الاوطار ج ٥ ص ١٥٢

(٢) فتاوى ابن تيمية الجزء ٣ ص ٣٢٦

لك بدينك قبل زيد « فلان آخر » لم تصح الكفالة لأن ذلك شرط بفسخ عقد فى عقد آخر فلم يصح كالبيع بشرط فسخ بيع آخر ، وكذلك تفسد الكفالة إذا شرط الكفيل فى عقدها أن يضمن هذا الدين فلان أيضا على أن يضمن دينه قبل فلان آخر أو نفس المكفول عنه ، أو على أن يؤجره منزله أو على أن يبيعه أرضه الفلانية ، ففى كل هذه الصور لاتصح الكفالة لاشتراط عوض فيها فكان كبيعتين فى بيعة وذلك منهى عنه .

مذهب الشيعة الجعفرية :

ذهب بعضهم إلى أن الكفالة تبطل إذا اقترنت بالشرط الفاسد ، ومثلوا لذلك بأن يقول الكفيل للدائن كفلت لك دينك قبل فلان بشرط أن تبرىء « فلاناً » شخصا آخر من كفالة هذا الدين، وذهب آخرون إلى صحتها مع اقترانها بأى شرط وفرعوا على ذلك صحة الكفالة فى المثال السابق وحينئذ لا يكون كفيلا مطالبا إلا إذا أبرأ الكفيل الأول وكذا تصح إذا قال له ضمنت لك هذا الدين على أن تبرئنى من كفالتى بدين فلان أو على أن تكون ضامنا لدينى قبل فلان أو على أن يضمن المضمون دينى قبل فلان ، أو على أن تبيعنى كذا أو على أن تؤجرنى كذا فتصح الكفالة على هذا الشرط ، ولا يطالب الضامن إلا عند تحقق الشرط (١) .

حكم الكفالة المؤقتة والمضافة والمعلقة والمقترنة بالشروط فى القانون :

تصح الكفالة مؤقتة ومضافة ومعلقة فى التشريع الوضعى مادام ذلك غير مخالف للنظام العام فإذا خالف النظام العام لغا التوقيت كما لا يكون للشرط وجود معتبر فيستمر الالتزام إذا كان فاسخا على الرغم من وجوده كما لا يترتب

---

(١) راجع تحرير الأحكام ج ١ ص ٢٧٥

على وجوده تحقق الالتزام إذا كان واقفا — وقسمة الشرط هذه القسمة فى هذا التشريع اصطلاح يخالف اصطلاح فقهاء الشريعة فهو فى التشريع الوضعى ينقسم قسمين — شرط واقف ، وشرط فاسخ ويجعلون الالتزام التزاما معلقا على شرط إذا كان وجود هذا الالتزام أو زواله مترتباً على أمر مستقبل غير محقق الوقوع ، وإن لم يكن ذلك الترتيب مفهوما من الدلالة الوضعية الصريحة للعبارة التى ينشأ بها الالتزام — فإذا كان مقتضى هذه العبارة أن وجوده متوقف على وجود شرط معين بحيث إذا تحقق وجد الالتزام وإذا لم يتحقق لم يوجد ، فهذا الشرط يعتبر شرطا واقفا ، وإذا كان مقتضاها أن زوال هذا الالتزام هو المتوقف على الشرط فإذا وجد زال وإذا لم يوجد استمر — فهذا الشرط يسمى شرطا فاسخا ، وبناء على ذلك فالشرط الواقف هو الشرط الذى يتوقف على وجوده وجود الالتزام ، فان لم يتحقق لم يوجد هذا الالتزام مثل أن يعلق الوصى وصيته لابنه على أن يتزوج ، فالزواج فى هذه الحالة شرط واقف — ومثل أن يعلق الشخص كفالته بدين فلان قبل فلان على أن يهبه سيارة معينة له فالهبة من الدائن للكفيل شرط واقف إذا تحققت تحققت الكفالة ، وإذا لم تتحقق الهبة لم توجد الكفالة .

والشرط الفاسخ هو الشرط الذى يترتب على وجوده وتحققه زوال الالتزام فاذا لم يتحقق استمر الالتزام ، وذلك ، مثل أن يكفل شخص لشخص دينه قبل آخر على أن يكون بريئا من الكفالة إذا ما تزوج المدين ابنة المكفول له « الدائن » فزواج المكفول عنه بابنة الدائن « المكفول له » شرط فاسخ ، فاذا كان تحقق انقضت الكفالة وانتهت .

ومن هذا يرى أن أحوال التعليق للكفالة بحسب الاصطلاح الفقهى الاسلامى هو من أحوال الشرط الواقف ، بحسب الاصطلاح الفقهى

الوضعى ، وأحوال التوقيت تعد من أحوال الأجل الفاسخ وذلك لزوال الالتزام بانتهاء الوقت فكان انتهاء الوقت فاسخا ومنهيا للالتزام .

أما أحوال الاضافة فهى من أحوال التأجيل الواقف عندهم أما أحوال الاقتران بالشرط فهى فى اصطلاحهم أحوال تعم أحوال التوقيت والتعليق والاضافة وهى فى حكمها على العموم تخضع لقاعدة عدم المخالفة للنظام العام ولذا كان الحكم فيها هو الصحة مالم تخالف النظام وإلا بطلت ماتضمنته من الشروط على ما بيناه آنفا فى أحوال التعليق والاضافة أما فى غيرها من أحوال الاقتران بالشرط فان الشرط يبطل أيضا فان كان من مقتضاه وجود الالتزام عند وجود الشرط لم يحدث الالتزام وإن كان من مقتضاه انتهاء الالتزام عند وجوده لم ينته الالتزام بوجوده ولم يكن لوجوده اعتبار ويلاحظ أن القانون المدنى فى المادة ٧٨٠ ينص على أن الكفالة إذا اقترنت بما يدل على تعلقها بمبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين أو بما يجعل الكفيل فى مركز أشد وطأة من المدين لم تجز فلا تجوز بمبلغ أكبر ولا بشرط أشد ولكن تجوز فى مبلغ أقل وبشرط أهون . وبناء على ذلك إذا كان الدين مؤجلا أو مستقبلا فلا تصح الكفالة به منجزة ذلك لأن الكفالة كما فى المادة ٧٧٢ عقد يلتزم به الكفيل تنفيذ التزام المدين وذلك بأن يتعهد للدائن بأن يفى بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين وذلك ما يقضى بأن يكون التزام الكفيل تابعا لالتزام المكفول وألا يتجاوزه ولكن يجوز أن يكون أقل منه وعلى هذا لا تجوز الكفالة بدين مؤجل على أن يكون حالا على الكفيل ولكن تجوز كفالة الدين الحال على أن يكون مؤجلا أو معلقا — والمادة ١٠١٣ عراقى تنص على أن الدين إذا كان مؤجلا على الأصيل تأجل على الكفيل وإذا أجل الدائن الدين على الأصيل تأجل على الكفيل والمادة ١٠١٤ تنص على أن الدين الحال إذا كلفه كفيل كفالة مؤجلة تأجل عليه وعلى الأصيل إلا إذا

أضاف الكفيل الأجل إلى نفسه أو شرط الدائن وقت الكفالة الأجل للكفيل خاصة فعند ذلك يقتصر على الكفيل .

وجملة القول عند فقهاء القانون هو جواز الاشتراط ما لم يكن الشرط مخالفا للنظام العام ومخالفا للآداب ، أما إذا كان الشرط مخالفا للنظام العام أو للآداب ، فإن كان شرطا واقفا فإن الالتزام لا يقوم ولا يكون له وجود ولو تحقق الشرط،وأما إذا كان فاسخا فإن الشرط نفسه لايمكن أن يعد له وجود . وبناء على ذلك يكون الالتزام باقيا مستمرا .

شروط الكفالة :

ذكرنا فيما سبق أن عقد الكفالة يقتضى وجود كفيل ومكفول عنه ومكفول له ومكفول به وصيغة العقد وقد تكلمنا عن الصيغة والآن نتكلم على ما عداها وذلك ببيان شروط كل من هذه الأركان .

شروط الكفيل

أهلية التبرع :

يشترط فى الكفيل أن يكون أهلا للتبرع ، لأن الكفالة كما قدمنا تعد من التبرعات ، فلا تنعقد كفالة الصبى والمجنون والمعتوه والسفيه لانعدام أهلية التبرع عندهم ، وذهب القاضى أبو ليلى من الحنابلة إلى أن كفالة السفيه تصح ، ويتبع بعد فك الحجر عنه كإقراره بالدين ورد بأنها انشاء التزام بخلاف الإقرار فانه أخبار ، وكذلك لاتصح كفالة المكره لأن الاختيار شرط فى التصرف ، ويرى المالكية أن كفالة المفلس لاتصح لأنه لاينفذ تبرعه وهو رأي الصاحبين من الحنفية إذ يريان أن المحجوز عليه للدين لا ينفذ

تبرعه إلا بإجازة الدائن وخالف فى ذلك الشافعية والحنابلة فأجازوا له أن يكفل وهو رأى الشيعة الجعفرية لأنه أهل للتصرف ، والحجر عليه فى ماله لا فى ذمته إلا أن المكفول له لا يشارك الغرماء الذين حجر عليه لدينهم وإنما يؤخر ذلك إلى مال لا يتناوله الحجر عليه وإذن تكون النتيجة ثبوت الدين فى ذمته الآن وعدم مطالبته إلا بعد أن يتملك مالا لا يتناوله الحجر عليه . وعلى ذلك فهم يرون أنه أهل لأن يلتزم فى ذمته ولو كان ذلك بطريق التبرع منه .

كفالة المريض :

أما المريض مرض الموت فكفالته فى مرضه لا تتجاوز ثلث تركته مع سائر تبرعاته إلا بإجازة ورثته عند الحنفية والحنابلة والمالكية ، لأن الكفالة تبرع وتبرعه فى مرض موته يأخذ حكم الوصية ، فإذا كان دينه مستغرقاً لأمواله فكفل أو كان غير مدين فكفل لوارث أو عن وارث له فان كفالتـــه تكون متوقفة على الاجازة من الدائنين ومن الورثة ولو لم تتجاوز ثلث تركته وذهب الشافعية إلى أن ضمان المريض من رأس ماله ، إلا إذا ضمن وهو معسر واستمر اعساره إلى وقت وفاته (١) أو ضمن ضماناً لا يستوجب رجوعاً على الأصيل بأن ضمن بغير أمر المدين فيكون حينئذ تبرعا يتقيد بثلث المال لأن تصرفه حال مرض الموت له حكم الوصية إذا كان من قبيل التبرع ، ولكن إذا استغرق الدين مال المريض ، وقضى به بطل ضمانه لأن الدين مقدم على الضمان (٢) .

---

(١) أما لو أيسر وأمكن أخذ المال منه فانه يتبين أن ضمانه كان من رأس ماله .

(٢) يراجع نهاية المحتاج ج٤ ص٤٤٢ ، ٤٢٣ والمغنى ج ٥ ص٧١ ، ٧٢ وابن عابدين ج٤ ص٢٢٩ وما بعدها .

كفالة السكران :

ويصح ضمان السكران للاعتداد بعبارته فى التصرفات إذا كان سكره بمحرم، ولا يصح إذا كان سكره بغير محرم .

ومن المالكية من رأى عدم صحة ضمانه مطلقاً .

ضمان الزوجة :

وكذلك يصح ضمان الزوجة بدون اذن زوجها . وذهب المالكية إلى أن ضمان الزوجة نافذ فى حدود ثلث مالها بدون إذن زوجها أما إذا زاد على الثلث فيصح ولكن لا يلزم إلا باجازة الزوج وللزوج رد الجميع حينئذ الا أن يزيد يسيراً كالدينار وما قل عما يعلم أنها لم تقصد به أضراراً فتمضى الكفالة حينئذ وله هذا الحق وان كانت الكفالة عنه (١) .

ملاءة الكفيل :

واشترط الشيعة الجعفرية زيادة على اشتراط أهلية التبرع ملاءة الكفيل وقت الضمان فان لم يكن مليئاً ، اكتفى بعلم المكفول له باعساره ، فلو ضمن معسر ديناً ولم يعلم الدائن باعساره كان له فسخ الضمان عند علمه والرجوع بدينه على الأصيل ولا يشترط استمرار اليسار الى وقت الوفاء ومرد ذلك أن الضمان عندهم ينتقل به الدين الى ذمة الكفيل ويبرأ الأصيل .

وهل يشترط فى الفسخ أن يكون فور علمه باعساره، أو لا نشترط الفورية ؟ فى ذلك اشكال (٢) .

---

(٢) دردير ودسوقى جـ٣ ص٣٣١ والحرس جـ٦ ص٢٦ .

(٢) تحرير الأحكام جـ١ ص ٢٢٠ .

معرفة المكفول عنه والمكفول له والمكفول به :

لا يشترط معرفة الكفيل لكل من المكفول عنه والمكفول له عند جمهور الحنابلة ، فقد ضمن كل من علي رضي الله عنه وأبي قتادة من لم يعرفاه، وهو الميت الذي جيء به ليصلي عليه الرسول لصاحب الدين عليه دون أن يعرفاه أيضاً وقبل النبي منهما ذلك .

أقول والاستناد الى هذين الأثرين يدل على أنه عند جهل الضامن بهما يجب أن يكون ذلك على وضع يؤدي إلى معرفتهما وتعيين الدين المضمون والا فكيف تتم الكفالة بعبارة الضامن ويتعين الدين المضمون .

وقال القاضي أبو يعلى من الحنابلة يجب معرفتها جميعاً . ووجهه ظاهر وذكر وجها آخر هو أنه يجب معرفة الضامن للمضمون له حتى يستطيع أن يؤدي اليه الدين ولا تشترط معرفة المضمون عنه لعدم اشتراط رضاه ولا معاملة معه .

وعند الشافعية الأصح أنه يشترط أن يعرف الضامن المكفول له لتفاوت الناس في المطالبة حتى ينتفي الضرر ويستطيع ابراء ذمته بأداء الدين اليه ولا يشترط معرفته المكفول عنه لأن الكفالة معروف وقد يصنع المعروف مع غير أهله ، ومقابله اشتراط معرفته أيضا ليعلم يساره وقدرته على الوفاء(١) .

---

(١) ويظهر لي أن اشتراط المعرفة يعنون به أن يكون الإيجاب بالكفالة متضمناً ما به يعرف المكفول به والمكفول من اسم أو لقب أو نحو ذلك حتى يكون للشرط مظهر خارجي يبنى عليه القضاء وفي شرح الدر المختار أن تعيين مقدار الدين إلى المكفول له لا إلى الكفيل لأنه صاحب الدين وهذا مخالف لما في أمهات الكتب فإما أن يكون سهواً أو قولا غير مشهور وإلا وجه أن التعيين يجب أن يكون إلى الملتزم بالدين لأنه هو الذي سيدفع الدين وقد يكون من وراء ذلك رجوعه على المكفول عنه إذا ما كانت الكفالة بالأمر فوجب أن يختار ما هو أسهل وأيسر وفاء وعلى ذلك إذا قال الكفيل لشخص أنا كفيل لك بمالك من ديون على الناس هل تصح هذه الكفالة ويطالب الكفيل بكل دين له على أي إنسان بناء على أن هذه =

وعند أبي حنيفة ومحمد لابد من قبول المكفول له الكفالة كما تقدم وعلى ذلك فمعرفته لازمة لتنشأ الكفالة عندهما أما عند أبي يوسف فالظاهر أنه يجب معرفته كذلك ليؤدى الكفيل الدين إليه وإن كان يرى أن الكفالة تتم من جانب واحد هو الكفيل ، ويؤيد هذا إطلاق الكتب اشتراط معرفة المكفول له لصحة الكفالة عند الحنفية .

أما المكفول عنه فمعرفته شرط أيضاً عند الحنفية إذا كانت الكفالة معلقة أو مضافة وعلى ذلك إذا قال شخص لآخر ما بايعت أحداً من الناس أو ما أقرضت أحداً من الناس فأنا كفيل أو أنا كفيل لك بعد شهر بما ستبيع به هذه الدار لأى شخص ، أو قال له كفلت لك بما بايعت أحداً من الناس — إذ أنها فى هذا المثال أيضاً مضافة إلى وقت المبايعة — فإن الكفالة فى هذا وأمثاله غير صحيحة لجهالة المكفول عنه حال الإضافة وحال التعليق ، أما فى حال التنجيز فلا تمنع جهالة المكفول عنه صحة الكفالة ومثلوا ذلك بقولهم أن يقول الكفيل لشخص كفلت لك بما لك على فلان أو فلان فإذا قال له ذلك صحت الكفالة . وكان إليه تعيين المكفول عنه منهما لأنه الملتزم بالدين كما فى الهداية وكما فى الحاكم ، أما جهالة المكفول به فلا تمنع من صحة الكفالة مطلقاً — راجع الفتح جـ ٥ ص ٤٠٤ ، وفيه إذا قال الكفيل ما بايعت من الناس فعلى ضمانه فهو باطل لتفاحش الجهالة بجهالة

= كفالة منجزة وعدم معرفة المكفول عنه فيها لا يمنع من صحتها؟ الظاهر من إطلاق العبارة أنها كفالة صحيحة لأنها كفالة منجزة لا يشترط فى صحتها معرفة المكفول عنه وهى مجرد التزام من الكفيل بكل دين للمكفول له ولا يعنيه معرفة المكفول عنه إذ لا يشترط رضاه ولا قبوله وليس له حق الرجوع عليه وإذن فليس على المكفول له إلا أن يعين ديونه للكفيل فيلتزم بها .

المكفول عنه وبه بخلاف انفراد جهالة المكفول به فإنها حينئـــذ قليلة تتحمل(١) .

شروط المكفول عنه :

قد يكون المكفول عنه وهو المضمون مديناً عند الإيجاب بالكفالة وقد يكون غير مدين فى ذلك الوقت كما فى الكفالة بالدين الموعود به وكما فى الكفالة المعلقة على سبب وجوب الدين ، وسيأتى الكلام على ذلك ، وعلى أية حال فالشرط فى المكفول عنه عند أبى حنيفة أن يكون قادراً على الوفاء بالمكفول به إما بنفسه وإما بنائبه فلا يصح « ضمان ميت » مدين توفى لا عن تركة ولا عن كفيل بالدين ، ذلك لأن الميت فى هذه الحال عاجز عن الوفاء غير أهل للمطالبة وليس الدين عنده إلا « الأداء » الواجب الشاغل للذمة ، وهو متعذر فى هذه الحال فيسقط بالموت إذ لا تكليف بما لا يستطاع

---

(١) أقول — إنما لم تجز هنا لجهالة المكفول عنه فيما هو معلق لأن « ما » شرطية بدليل اقتران الجزاء بالفاء وجهالة المكفولة عنه فى الكفالة المعلقة مانعة من صحتها ولكن قد يقال إن « ما » هنا موصولة ووجود الفاء لما فيها من العموم وعلى ذلك يكون هذا الفرع دليلا على أن جهالة المكفول عنه على هذا الوضع مانعة من صحة الكفالة وهو وجيه فى نظرى لفحش الجهالة (راجع كذلك الدر وابن عابدين ج ٤ ص ٢٩٧) . غير أنه قد جاء فى الدر — قال رجل لآخر اسلك هذا الطريق فإن كان مخوفاً وأخذ مالك فأنا ضامن فسلكه فأخذ منه ماله كان ضامناً فى حين أن الوضع موضع تعليق وجهالة المكفول عنه فى التعليق تمنع صحة الكفالة فكيف يضمن مع بطلان الكفالة . وقد أجيب عن ذلك بأن هذا استثناء من القاعدة السابقة مرجعه إلى إرادة الزجر عن مثل هذا الضمان الذى يتضمن غروراً ولذا قال أبو السعود أن الضمان فى هذه المسألة مرجعه إلى الغرور لا إلى صحة الكفالة والغرور يوجب الضمان وخاصة إذا كان الضمان مشروطاً ولكن قيل أن ضمان الغرور عند الشرط هو من ضمان الكفالة (راجع ابن عابدين جـ ٥ ص ٣١٥ و ٣١٦) غير أنه إذا عد كذلك فهى فى هذا المثال كفالة معلقة فكيف لزمت مع جهالة المكفول . وعلى الظاهر من القواعد الدالة على وجــوب تجنب الغرور فى المعاملات والالتزامات يقضى بأن مثل هذه الكفالة غير صحيحة لفحش الجهالة ولعل التمثيل السابق يوحى بأن الجهالة المغتفرة هى الجهالة الناشئة من أن يكون المكفول أحد شخصين أو ثلاثة مثلا .

وإذا سقط لم يتصور ضمانه لأن الضمان ضم ذمة إلى ذمة فى الدين أو المطالبة به ولا دين ولا مطالبة ، حينئذ ولأنه بوفاته لا عن مال ولا كفيل تصير ذمته خربة غير صالحة لأن تشغل بدين فيعد لذلك ساقطاً أما إذا ترك مالا فإن كفالة ما عليه من دين تصح فى حدود هذا المال للقدرة على الوفاء بواسطة النائب وهو الوصى على التركة أو بواسطة الخلف وهو الوارث ولبقاء المطالبة به فى هذه الحال إذ يطالب النائب أو الخلف بأدائه حينئذ فصحت كفالته لذلك وكذلك إذا ترك كفيلا بهذا الدين جاز لآخر أن يكفل به أيضاً لبقاء القدرة على الوفاء بواسطة الكفيل ولبقاء المطالبة بمطالبة الكفيل، وذهب الصاحبان إلى جواز الكفالة بدين المتوفى إطلاقاً ترك مالا أم لا ، ترك كفيلا به أم لا(١)، وهو مذهب الشافعية والمالكية والحنابلة والزيدية والشيعة الجعفرية ، واحتجوا بحديث قتادة المار إذ قبل رسول الله صلى الله عليه وسلم كفالته عن الميت ولم يكن ترك وفاء ولا كفيلا وبحديث على رضى الله عنه أيضاً فقد روى أبو سعيد الخدرى أنه عليه الصلاة والسلام قبل كفالة على فى مثل هذه الحادثة ، ويؤيد ذلك أيضاً صحة إبراء المتوفى عن دين وإن لم يترك مالا — وصحة التبرع بالأداء عنه وكذلك إبراؤه حينئذ كما احتجوا أيضاً بأن الموت ليس سبباً لسقوط دين لغير الميت إذ لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء أو انفساخ سببه ولم يحدث شىء من ذلك ولذا لا تنتهى كفالته بالموت إذا حدثت قبله ، هذا وإذا جاز أن يجاب عن ذلك بأن صحة الإبراء والأداء إنما أريد بها تخليصه من إثم المماطلة فى قضاء الدين والتقصير فى أدائه لا قضاء الدين على الحقيقة على ما فى ذلك من بعد فإن ذلك لا يقتضى عدم العمل بالحديث وادعاء أن الكفالة فى الحديث كانت سابقة على الوفاة وأن الحديث عنها فيه كان إخباراً لا إنشاء لها ادعاء بعيد ولا دليل عليه . ولا يشترط رضا المكفول عنه بكفالة دينه بل تصح مع

---

(١) بدائع ج٦ ص٦ ، هندية ج٣ ص ٢٥٣ .

كراهته لذلك ويقول ابن قدامة أنه لا يعلم فى ذلك خلافاً ووجهه أنه لو تبرع إنسان بقضاء دين على غيره من غير إذنه ومن غير رضاه فقبل الدائن ذلك صح ، فدل ذلك على أن صحة ضمانه من غير رضاه أولى .

وكذلك يشترط عند الحنفية فى المكفول عنه أن يكون معلوماً للكفيل إذا كانت الكفالة مضافة أو معلقة لا إن كانت منجزة كما تقدم ، وعلى ذلك إذا قال شخص لآخر كفلت مالك من الدين على الناس تصح الكفالة وإن كان المكفول عنه مجهولا ولكن فى فتح القدير ما يشعر بأنها فى هذه الصورة غير صحيحة ولأن العرف يأبى إنفاذ التزام كهذا لفحش الجهالة فيه ولكن إطلاق النصوص تخالفه ، وفى الهندية عن الذخيرة والمحيط أن اشتراط العلم بالمكفول عنه إنما هو عند إضافة الكفالة أو تعليقها إما عند تنجيزها كأن يقول الكفيل كفلت لك بدينك قبل فلان أو فلان فإنها تجوز ويكون للكفيل حق تعيين المكفول عنه منهما كما تقدم فى اشتراط علم الكفيل بالمكفول عنه .

وجملة القول فى ذلك أن علم الكفيل بالمكفول عنه محل خلاف بين الفقهاء منهم من اشترط ذلك ومن هؤلاء بعض الشيعة ومنهم من لم يشترط ذلك ومن هؤلاء جمهور الشافعية والمالكية وبعض الحنابلة(١) .

قال فى الفتح جـ٥ ص ٤٠٤ والحاصل أن جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة مطلقاً « أى فى كل حال » وجهالة المكفول به لا تمنعها مطلقاً وجهالة المكفول عنه تمنعها عند التعليق والإضافة ولا تمنع صحتها عند التنجيز وعلى ذلك لا تصح إذا قال ما ذاب لك على أحد من الناس أو ما بايعت أحداً فهو على لجهالة المكفول عنه فى الإضافة ولا تصح إذا قال ما ذاب لأحد عليك فهو على لجهالة المكفول له وإذا قال ما غضبك فلان أو سرتك فعلى جازت الكفالة لعدم جهالة المكفول له والمكفول عنه وإن جهل المكفول به .

---

(١) الهندية جـ٢ ص ٢٥٤ والبدائع جـ٦ ص٦ ونهاية المحتاج جـ٤ ص٢٢٤ والمغنى جـ٥ ص٧١ وتحرير الأحكام جـ١ ص٢٢٣ ومنح الجليل جـ٣ ص٢٥٢ .

وتصح الكفالة بين الصبي والمجنون ولكن لا يرجع الكفيل فى مالهما اذا أدى ولو كانت الكفالة بإذنهما الا فى صبي مأذون له بالتجارة ، فان أذنه بالكفالة يعتبر فى الرجوع عليه .

شروط المكفول له :

يشترط فيه أن يكون معلوما للكفيل أما عند من يجعل قبوله فى مجلس العقد ركناً فذلك طبيعى ومنهم الحنفية ، وأما عند من يرى أن الكفالة تتم من جانب الكفيل فلأن الكفالة قد شرعت لتوثيق الدين ولتكون وسيلة إلى أدائه ولا يكون ذلك مع جهالة الدائن وإلى هذا ذهب الشافعية فى الأصح عندهم من القولين وإن كان قبوله الكفالة أو رضاه بها غـــير واجب عندهم لصحة الكفالة على الأصح .

وجملة القول أن الفقهاء قد اختلفوا فى علم الكفيل بالمكفول له منهم من جعله شرطاً فى الكفيل فجعل علمه بالمكفول له شرطاً فيه ومنهم من جعله شرطاً فى المكفول فالشرط أن يكون معلوماً لدى الكفيل وليس ذلك إلا خلافا فى التعبير ؟ ومنهم من ذهب إلى أنه ليس بشرط محتجاً بحديث ابى قتادة وحديث على « المارين » اذ قبل رسول الله ﷺ كفالتهما دون أن يعلما من هو الدائن وليس فى الحديثين ما يدل على أنهما كانا عالمين بالدائن وكل ما فى الأمر أن رسول الله قبل كفالتهما دون توقف على قبول الدائن.

وبناء على ما ذهب إليه الحنفية من اشتراط العلم بالمكفول له إذا قال رجل لرجلين كفلت لهذا بما له على فلان من دين أو لهذا كانت الكفالة باطلة لجهالة المكفول له ، كذا فى الذخيرة ولو قال لجماعة ما بعتموه لفلان أنتم وغيركم فعلى صح ذلك فى حق المخاطبين فقط ، كذا فى المحيط للسرخسى. ولو قال من بايعك من هؤلاء وأشار إلى معدودين فانا كفيل عنك بالثمن

جاز لأن المكفول له معلوم لانحصاره فى هؤلاء وهى جهالة يسيرة واليه يكون تعيين المكفول له .

وكذا يشترط فى المكفول له أن يكون عاقلا إذ لا يصح قبول المجنون والصبي الذى لا يميز الكفالة اذا ما وجه اليهما الايجاب لعدم الاعتداد بعبارتهما ، ولا يجوز قبول وليهما عنهما فى هذه الحال لأن الايجاب لم يوجه إليه وليس فى هذا الشرط خلاف عند من يجعل القبول ركنا فى الكفالة .

ويجوز قبول الصبي المميز ، والسفيه عند الحنفية لأنها نفع محض فلا تتوقف على أجازة وليهما ، فى المال ، أما عند الشيعة وأهل الظاهر فلا يتمحض فيها النفع اذ قد تكون ذمة الكفيل الذى انتقل إليها الدين أسوأ حالا من ذمة المدين أو يعرض لها ما لم يعرض لذمة المدين ، فلا يكون النفع متمحضا ولذا لا تتم بقبولهما .

شروط المكفول به :

أولا — يشترط فى المكفول به وجوبه على الاصيل على وجه يلزم معه أن يسلمه ولو مستقبلا إلى صاحب الحق ، وهذا شرط يحتاج إلى بيان وتفصيل نذكره فيما يلى :

المكفول به قد يكون دينا وقد يكون عينا .

فإذا كان ديناً وجب أولا أن يكون دينا صحيحا لا يسقط الا بأداء أو ابراء ، وألحق الحنفية بذلك دين نفقة الزوجة استحسانا فإنها لا تعد من هذه الديون عندهم ومع ذلك أجازوا الكفالة بها ، أما غيرهم فإنهم يعدونها

من الديون الصحيحة التى لاتسقط إلا بالأداء أو الابراء فتجوز الكفالة بها عند وجوبها كالشافعية وعلى الجملة فقد ذهب إلى جواز الكفالة بنفقة الزوجة الحنفية والشافعية والحنابلة والشيعة الجعفرية .

فالحنابلة أجازوا كفالة نفقـــة الزوجة ماضية أم حاضرة أم مستقبلة لأن الماضية والحاضرة واجبة فعلا والمستقبلة مآلها إلى اللزوم وقال القاضى أبو يعلى إذا ضمن نفقتها فى المستقبل لم يلزمه إلا نفقة المعسر لأن الزيادة عليها تسقط بالاعسار .

والحنفية أجازوا الكفالة إذا كانت حاضرة أو مستقبلة أو ماضية فرضت بالقضاء أو بالرضا استحسانا ، أما الماضية غير المفروضة فلا يجوز كفالتها إلا بعد فرضها أما قبل فرضها فلا يصح كفالتها . وفى الخانية — لو كفل رجل بنفقة الزوجة أبدا مادامت الزوجية جاز وعليه الفتوى .

ويلاحظ أن النفقة المستقبلة يجوز الكفالة بها مع أنها لم تصر دينا أصلا وهذ استحسان ويلزم الكفيل حينئذ بما يفرض لها ، ابن عابدين جـ٤ص٢٣٠ وص٢٩٣ ، وفى ابن عابدين : قال لامرأة كفلت لك بالنفقة أبدا يلزمه النفقة مادامت فى نكاح زوجها ولو قال لها مادمت فى نكاح زوجك فنفقتك على لزمته الكفالة ، فاذا مات أحدهما أو انتهى النكاح بأى سبب لاتبقى الكفالة ص ٢٩٤ عن الخانية .

وإلى صحة ضمان نفقة الزوجة مطلقا ذهب الشافعى فى أحد قوليه والقول الآخر لايصح ضمانها إذا كانت مستقبلة وانما يصح ضمان الماضية والحاضرة لوجوبها فى الذمة وإلى هذا ذهب الشيعه الجعفرية .

ثانياً — أن يكون المكفول به واجبا فى الذمة عند الكفالة به أو مآله

إلى الوجوب ذهب إلى ذلك الحنفية والمالكية والحنابلة وهو أحد قولين عند الشافعي ولا يشترط أن يكون معلوم المقدار عند الكفيل وخالف فى ذلك الشافعي فاشترط أن يكون ثابتا فى الذمة عند الكفالة معلوم المقدار لدى الكفيل فى قوله الجديد خلافا لقوله فى القديم .

وعلى ذلك جازت الكفالة بالدين الموعود به وان لم يكن موجودا عند الكفالة لأن مآله إلى الوجوب وذلك كأن يقول شخص لآخر أقرض فلانا وأنا كفيل بما ستقرضه إياه من الدين أو يقول له أقرض فلانا وأنا كفيل بهذا الدين .

وقد ذهب إلى ذلك الحنفية والحنابلة والمالكية والشافعي فى القديم، والزيدية خلافا للناصرية والقاسمية منهم ، وخالف فى ذلك الشافعية فى الجديد والشيعة الجعفرية وأهل الظاهر فلم يجوزوا الكفالة بما سيكون من دين موعود به .

أما الجعل فى الجعالة فأجاز الشيعة الكفالة به وكذلك الحنابلة والمالكية لأنه التزام آيل إلى اللزوم والشافعية أجازوا الكفالة به بعد الفراغ من العمل لا قبله فى أحد قولين لهم، لأنه غير آيل للزوم بنفسه بل بالعمل (١) ، وفى المبسوط من كتب الشيعة لا يصلح ضمان المجهول ولا ضمان ما لم يجب وهو قول الشافعي فى الجديد .

وكذلك جازت الكفالة بالدين إذا كان مجهول المقدار عند الجميع خلافا للشافعي فى مذهبه الجديد والثورى والليث بن سعد وابن أبي ليلى وابن

---

(١) دردير ج ٣ ص ٢٢٤ والمغنى ج ٥ ص ٧٢ والبدائع ج ٦ ص وتحرير الأحكام ج ١ ص ٢ والمنتزع ج ٤ ص ٢٦١ ، والفتح ج ٥ ص ٤٠٣ ونهاية المحتاج ج ٤ ص ٤٢٧ .

المنذر وأهل الظاهر والشيعة غير أن الحنابلة يشترطون عند الكفالة بالمجهول أن يكون مآله إلى العلم بمقداره ، كما إذا قال شخص لآخر كفلت لك بمالك قبل فلان ولا يعلم مقدار ذلك ، أما إذا كان بخلاف ذلك فلا تصح الكفالة كأن يقول له كفلت لك ببعض مالك قبل فلان والوجه فيه ظاهر .

ووجه ماذهب إليه الشافعى من عدم صحة الكفالة بالدين قبل ثبوته فى أحد قوليه إن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة فى الدين ، والدين قبل ثبوته لا تشغل به ذمة فلا يتحقق لذلك معنى للكفالة وهو ضم ذمة إلى ذمة فيه ، ووجهه فى عدم صحة الكفالة بالمجهول أن الكفالة التزام دين فى الذمة والتزام المجهول غرر ينهى عنه الشارع فوجب أن يكون معلوما حتى يكون الملتزم على بينة من أمره ومن قدرته على الوفاء وحتى يكون التزامه مستوجبا للثقة والاطمئنان .

ووجه قول الجمهور فى صحة الكفالة بالدين قبل ثبوته أن معنى الكفالة يتحقق عند ثبوت الدين ، وصحة الكفالة معلقة (١) يقتضى صحتها بما سيثبت فى الذمة من الدين إذ المال فى الحالين واحد فأما صحتها بالدين مجهولا فذلك لأنها من قبيل التبرع والتبرع لايعيبه الجهالة كما فى النذر، وقد جرى بها العرف وحاجة الناس تدعو إلى ذلك ولذا جرى به العرف ويظهر لى من الرجوع إلى عبارة من ذهب إلى جواز الكفالة بالدين الموعود به أنهم يريدون أن تكون الكفالة به معلقة على ثبوته أو فى معنى المعلقة على ثبوته كما يظهر من تمثيلهم إذ يمثلون لذلك بأن يقول الكفيل بايع فلانا وأنا ضامن الثمن ، أوما بايعت فلانا كذا فأنا كفيل بما يثبت لك فى ذمته من المبايعة ، أو أقرض

---

(١) ذلك عند الحنفية والزيدية ورأى عند الحنابلة فى صحة تعليقها — ويلاحظ أن تعليقها عند الحنفية والمالكية يكون بالشرط الملائم ولا يجوز عند الشافعية والشيعة وان الشافعية لا يرون صحتها الا حال تنجيزها وعلى ذلك لا يحتج عليهم بما ذكر .

فلانا وأنا كفيل بالقرض أو أن أقرضت فلانا كذا فأنا به كفيل ونحو ذلك من الأمثلة ولم يخرجوا عن هذا المعنى ، إلا ما جاء فى كتاب منتهى الارادات من كتب الحنابلة من أنه إذا قال شخص لآخر كفلت بما تداين به زيداً صحت الكفالة على أن ذلك قد يرى أنه بمعنى قوله أن داينته فأنا كفيل به ، فإذا أضفنا إلى ذلك أنهم يبطلون الكفالة بما لم يثبت من الدين فى الذمة فى مثل أن يقول شخص لآخر استأجر هذه الطاحونة وما أصابك من خسارة فعلى ، أو اشتر من فلان على أن ما يصيبك من خسارة فى بيع ما اشتريته فعلى فقد قالوا ، أن الكفالة فى هذه الصور باطلة لأنها كفالة بدين معدوم غير موجود ولا موعود به (هندية) إذا راعينا هذا تبينا أنهم لا يرون صحة الكفالة بكل دين مستقل لم يكن ثابتا فى الذمة عند إنشاء الكفالة وإنما يريدون صحتها بدين علقت على سبب ثبوته حقيقة أو معنى (هندية ج ٣ ص ٢٧٢) . ومع هذا لم أجد من نبه إلى ذلك من الفقهاء رغم بحثى فى كتبهم (١) .

هذا وقد أجاز القانون المدنى الكفالة بالدين المستقبل إذا حدد فيها المبلغ المكفول كما أجاز الكفالة بالدين الشرطى فقرة أولى من المادة ٧٧٨ مدنى ونصها :

(تجوز الكفالة فى الدين المستقبل إذا حدد مقدما المبلغ المكفول كما تجوز الكفالة فى الدين الشرطى) .

---

(١) هل يمكن أن يقال أن الكفالة بالدين الموعود به هى فى كل أحوالها فى معنى المعلقة على ثبوته وفى التعليق على الثبوت يوجد السبب عنده ، فتكون كفالة بدين ثابت أما الكفالة بما لا وعد فيه من الديون كأن يقول الكفيل أنا كفيل بما سيكون لك فى ذمة فلان دون سبق وعد فغير صحيحة — ولكن مع ذلك قد يرى أن فى ذلك وأمثاله معنى التعليق اذ المعنى اذا وجد لك دين فى ذمة فلان فأنا كفيل به .

ومثال الكفالة بالدين المستقبل أن يتقدم شخص بكفالة شخص فتح له بنك مصر مثلا اعتمادا فيكلفه للبنك فيما يقرضه قبل أن يشرع فعلا فى الاقتراض من هذا الاعتماد أو أن يكفل شخص زوجته لمحل تجارى فى ثمن ما ستشتريه زوجته منه من بضائع ، ففى هذه الاحوال يشترط أن يكون المكفول به فى حدود الاعتماد الذى فتحه بنك مصر للمكفول عنه حتى لا يتجاوزه التزام الكفيل وأن يحدد ثمن ماستشتريه الزوجة من البضائع حتى لا يستغل المدين هـــذه الكفالة فيرهق الكفيل بما لم يكن يظن أن سيصل التزامه إليه ، وفى ذلك من الضرر ما يخفى ، وكذلك أجاز القانون الكفالة بالدين الشرطى ومثاله أن يقول شخص لآخر إذا أقرضت فلانا ألف جنيه فأنا كفيل بها ، أو إذا بعت لفلان منزلك بأربعة آلاف جنيه فأنا كفيل بها ، ولا شك أن هذه كفالة بدين مستقبل — والمفهوم أن الدين الشرطى دين مستقبل وعلى ذلك فلابد من تحديده بناء على الفقرة الأولى من المادة .

والقانون على هذا لم يخرج عما ذهب إليه فقهاء الشريعة مما شرحناه قبل إلا فى اشتراطه تحديد الدين وقد ذهب فى ذلك مذهباً حسناً بعداً عن الجهالة والغرر .

ومما يدل على أنها تصح بالدين المجهول أنها تصح مع التعليق بالغرور والخطر كما فى الكفالة بالدرك وهى جائزة عند المالكية ، وجهالة الدين المكفول به دون ذلك خطراً لأنه فى الواقع معين بل قد أقرها الكتاب العزيز فى قوله تعـــالى : « ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم » وحمل البعير مجهول المقدار إذ يختلف باختلاف البعير وقوته — وقد يرد على هذا بأن حمل البعير قد يكون وزناً معروفاً . أو كيلا معهوداً عندهم : وإذا صحت الكفالة بالمجهول كان الخيار للضامن فى تعيينه إذا لم يكن مقدراً فى واقع الأمر كما فى الكفالة ببعض دين فلان فيلزم بالبيان ، وبناء على

ماذكر تصح الكفالة بالديون على اختلاف أسبابها كثمن البيع والقرض والمهر والجعل فى الجعالة ، وقيم المتلفات وأرش الجناية وقيمة المغصوب ودين السلم على رأى خلافاً لمن ذهب إلى عدم صحة كفالته للنهى عن أن يستبدل به شىء قبل قبضة ، وما يدرك المبيع من استحقاق وغير ذلك من الديون الثابتة أو التى ستثبت .

ثالثاً — ذكر الحنفية زيادة على ما تقدم ألا يكون الدين المكفول به مستحقاً بعضه للكفيل وألا يكون له حق طلب أدائه وبنوا على ذلك عدم صحة الكفالة إذا ما كفل الوكيل بالبيع لموكله المشترى بثمن ما باعه ذلك لأن الكفالة التزام بالمطالبة وبكفالته بالثمن صار ملتزماً ومطالباً به بمقتضى هذه الكالة فى حين أنه بمقتضى وكالته فى البيع له حق اقتضاء الثمن من المشترى ومطالبته به ولهذا لا يجوز أن يكفله لأنه حينئذ يكفله لنفسه ولا فائدة فى ذلك لأنه لا يتصور منـــه مطالبه لنفسه بمقتضى كفالته وإلى ذلك فإن الثمن إذا صار إلى يد الوكيل كان أمانة بحكم وكالته ولو صح ضمانه لصار مضموناً بحكم الضمان وهذا غير جائز لأن فى ذلك جمعاً بين وصفين متنافين هما الأمانة والضمان .

وجاء فى ابن عابدين جـ ٤ ص ٢٩٢ ما ملخصه :

إن الكفالة كما تكون بالمال قد تكون كذلك بتسليم المال وتقاضيه دون أن تكون بالتزامه وذلك ظاهر فيما جاء فى البحر عن التتارخانية وهو : لشخص مال على رجل فقال آخر للطالب ضمنت لك ما على فلان أن أقتضيه وأقبضه وأدفعه إليك فقد قال ليس هذا على ضمان المال أن يدفعه ولو من ماله ، إنما هو على أن يتقاضاه ويدفعه إليه إذا قبضه وعلى هذا عرف الناس — ومن ذلك ما لو غصب شخص من مال رجل ألف دينار فقاتله المغصوب منه ليأخذها ، فقال له آخر لاتقاتله وأنا ضامن لك آخذها منه وأدفعها إليك لزمه

ذلك — ولو استهلك الغاصب الألف وصارت ديناً كان عليه ضمان التقاضى منه فقط . فمثل هذا ليس كفالة بالدين نفسه ولكن بتقاضيه ثم بتسليمه ، وبهذا علم أن الكفالة بالدين نوعان — كفالة بنفس الدين وكفالة بتقاضيه والكفالة بالتقاضى كالكفالة بالنفس والكفالة بالتسليم فى الأعيان . أقول — وعلى ذلك فالفرق بين هذا النوع من الكفالة والوكالة بالتقاضى هو لزوم الكفالة وعدم لزوم الوكالة وإجبار الكفيل وعدم إجبار الوكيل .

كفالة الأعيان :

وإذا كان المكفول به عيناً فقد تكون العين من الأعيان المضمونة بنفسها ، كالأعيان المغصوبة والمبيع بيعاً فاسداً والمهر فى يد الزوج وبدل الخلع والمقبوض على رسوم الشراء ، وقد تكون من الأعيان المضمونة بغيرها كالمبيع فى يد البائع فإنه مضمون بالثمن والرهن فى يد المرتهن فإنه مضمون بالدين إذا كانت قيمته لا تزيد عليه وإلا كان مضموناً بقدر قيمته من الدين وقد تكون أمانة غير مضمونة كالوديعة والعارية .

ويرى الحنفية صحة ضمان النوع الأول والارتهان به ويترتب على ضمانه إلزام الكفيل بتسليمه ما دام قائماً فإذا هلك ألزم ضمان مثله إن كان مثلياً أو قيمته إن كان قيمياً .

أما النوع الثانى فيجوز ضمان تسليمه فقط وإذن تكون الكفالة فى هذه الحال كفالة بفعل هو التسليم فيلزم بتسليمه ما دام قائماً فإذا هلك سقطت الكفالة ولم يلزم الكفيل بشىء كما فى الكفالة بالنفس عند موت المكفول بإحضاره — ووجه سقوط الكفالة بهلاكه أنه إذا هلك هلك على صاحب اليد بما هو مضمون به ، فالمبيع مضمون بالثمن ، فإذا هلك فى يد البائع سقط الثمن عن المشترى ، والرهن مضمون بالدين فإذا هلك سقط الدين عن الراهن

فى حدود قيمة الرهن فلا محل إذن لمطالبة الكفيل بشىء بعد سقوط مطالبة الطالب للمكفول عنه .

والنوع الثالث وهو ما يعد أمانة فى يد حائزه قسمان .

قسم واجب تسليمه على صاحب اليد على معنى أن عليه أن يسعى إلى تسليمه إلى مالكه وذلك كالعارية فى يد المستعير والعين المستأجرة فى يد المستأجر(١) وهذا القسم تجوز الكفالة بتسليمه لوجوب التسليم على صاحب اليد فإذا هلكت لم يلزم الكفيل بشىء أيضاً لأنه يهلك مجاناً لكونه أمانة .

وقسم لا يجب على صاحب اليد أن يسعى إلى تسليمه بل على المالك أن يسعى إلى ذلك . وهذا القسم لا تجوز الكفالة بتسليمه كما لا تجوز بقيمته إذ ليس شىء منهما مضموناً أو واجباً على صاحب اليد ، ولا كفالة إلا بما هو واجب . ومن هذا القسم الودائع وأموال المضاربة والشركات .

وذهب الزيدية إلى جواز الكفالة بتسليم العين المضمونة ، فإذا كفل كفيل بعين مضمونة كالمغصوب والعارية المشترط على المستعير ضمانهـا وكذلك الشىء المستأجر المشترط على المستأجر ضمانه كان ملزماً بتسليمها عند وجوب ذلك التسليم ولا يلزم بأداء قيمتها عند هلاكها إلا أن يشترط ذلك فى الكفالة عند تعذر تسليم عينها — أما إذا كانت أمانة فلا يصح ضمانها عند الزيدية إجماعاً(٢) . وإلى هذا ذهب الحنابلة والشيعة الجعفرية غير أنهم يرون إلزام الكفيل عند كفالته الأعيان المضمونة أن يسلمها ما كانت قائمة ، فإذا هلكت ضمنها بمثلها إن كانت مثلية وبقيمتها إن كانت قيمية وإن لم

(١) الفتح جـ ٥ ص ٢٩٠ والهندية جـ ٣ ص ٢٥٤ .

(٢) المنتزع جـ ٢ ص ٢٦٢ و ٢٦٩ ، تحرير الأحكام جـ ١ ص ٢٢٠ ومابعدها من كتاب الغصب .

يشترط ذلك الشرط فى الكفالة كما هو مذهب الحنفية أما غير المضمون من الأعيان فلا تصح الكفالة به .

وذهب المالكية إلى أن الكفالة بالمال إنما تكون فى دين لازم فلا تصح فى معين أى فى عين من الأعيان كما إذا ضمن مبيعاً معيناً على أنه إذا استحق لزمه عينه وكذلك لا يصح ضمان الودائع والعاريات ومال القراض ومال الشركة على أنها إذا تلفت أتى بعينها لاستحالة ذلك — ولا تجوز فى الحدود والتعازير ولا فى قصاص لأن فائدة الحمالة أن يحل الضامن محل المضمون إذا تعذر أخذ الحق منه وهذا المعنى متعذر فى الحدود لأن استيفاؤها من الضامن لا يجوز وإلى هذا ذهب الحنفية أيضاً : ولكن إذا ضمن المعين على أنه إذا تلف بتعد أو بتقصير التزم بدفع قيمته أومثله صح الضمان ولزم لأنها كفالة معلقة على ثبوت الدين ، ويجوز تعليق الكفالة وغاية ما فيها جهالة المكفول عنه ولا يضير ذلك عندهم خلافاً للحنفية ، إذ أن ذلك لايجوز إلا عند تنجيزها لا عند تعليقها كما تقدم . وعلى هذا إذا ضمن عين المغصوب لم يصح ولكن إذا ضمنه على أنه ملزم بضمانه إذا تعذر رده صح الضمان ، ونتيجة ذلك أن المالكية لا يرون ضمان الأعيان على معنى تسليمها بذاتها ، وإلى هذا ذهب الشافعية والناصر من الزيدية (١) وللشافعية قول آخر بجواز كفالة الأعيان المضمونة ذكره ابن قدامة فى المغنى ، وفى المهذب للشيرازى ج ١ ص ٣٤٦ ضمان الأعيان المضمونة كالمغصوب والعارية والبيع قبل قبضه فى جوازه وجهان بناء على القولين فى كفالة البدن أحدهما الصحة وعليه إذا

---

(١) راجع الدردير والدسوقى ج٣ ص ٣٣٤ ومنح الجليل ج ٣ ص ٢٤٩ والخرشى ج ٥ ص ٢٨ والمذاق ج ٥ ص ٩٨ والحطاب ج ٥ ص ٩٨ ونهاية المحتاج ج ٤ ص ٤٤١ وحاشية الصاوى ج ٢ ص ١٣٨ .

هلكت العين فقد قال أبو العباس فيه وجهان أحدهما على الضامن ضمانها والثانى ليس عليه ضمانها وتنتهى الكفالة .

كفالة الأعمال :

جوز المالكية أيضاً ضمان الأعمال الملتزم بها فى الذمة كعمل المساقى وعمل الأجير إذا لم يشترط عليه العمل بنفسه ومثله حمل دابة غير معينة أما إذا اشترط على الأجيران أن يعمل بنفسه أو اشترط حمل دابة معينة فلا يصح الضمان لاستحالة استيفاء ذلك من الضامن وإلى هذا ذهب الحنفية وكذلك جوز الشافعية الكفالة بالعمل الملتزم فى الذمة بالإجارة أو بالمساقاة نهاية المحتاج جـ ٤ ص ٤٢٤ .

ضمان الدرك :

ويجوز عند الشافعية أيضاً ضمان الدرك وهو ضمان الثمن للمشترى إذا ماقبضه البائع حتى إذا ظهر أن المبيع مستحق أو مأخوذ بالشفعة أو رده المشترى بعيب كان على الضامن ضمان الثمن للمشترى — وضمان المبيع للبائع إذا ما تسلمه المشترى ثم ظهر الثمن عند تعيينه مستحقاً أو معيباً ويسمى هذا الضمان بضمان العهدة أيضاً ، ومتعلقه عين المبيع أو عين الثمن ما بقى المضمون منهما وتيسير رده وإلا كان متعلقاً بيد لهما وهو المثل أو القيمة على حسب اختلاف المضمون . ونتيجة ذلك أن ضمان العهدة يعد من ضمان العين عند بقاء المضمون ويعد ضمان ذمة عند تلفه أو تعذر رده وقد جوز لمسيس الحاجة إليه ، وظاهر أنه لا يعد من قبيل ضمان ما لم يجب مطلقاً لظهور وجوب رد المضمون وجوباً مستنداً إلى الماضى عند وجود السبب نهاية المحتاج جـ ٤ ص ٤٢٥ و ٤٢٦ .

بيان حكم الكفالة بالالتزام الباطل :

ظهر لنا مما سبق أن الكفالة لا تصح إلا بما هو واجب فى الذمة وعلى هذا لا تصح كفالة المجنون ولا الصبى الذى لا يميز فى ثمن ما يشتريه لأن تصرفه باطل لا يترتب عليه شغل ذمته ، ولكن تصح كفالته فيما يتلفه من أموال غيره إذا لم يسلط عليها لأن أفعاله مضمونة فإذا أتلف مالا وجب عليه ضمان مثله أو قيمته وكذلك لا تصح كفالة ما تتلفه الحيوانات من الأموال إذا لم يترتب على ذلك تضمين مالكها لأن أعمالها حينئذ جبار ، فقد روى عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال — العجماء جرحها جبار فلا يترتب عليها ثبوت دين .

أما كفالة الصبى المميز فيما يشتريه أو كفالة المحجور عليه للسفه فى ذلك فعند من يرى من الفقهاء كالحنفية أهليتهما لمباشرة هذا التصرف ونفاذه بالإجازة ممن له الولاية فإن الكفالة بذلك تصح إذا أجاز الشراء من له حق إجازته أما إذا بطل لعدم إجازته فإن الكفالة لا تصح به وعند من يرى أن تصرفهما كتصرف المجنون لا صحة له ولا ينقلب صحيحا كالشافعية فإن الكفالة كل منهما فى ثمن ما يشتريه تعد باطلة أما قبل الإجازة فالعقد موقوف وإذن لا دين .

وذهب المالكية إلى أن ما أخذه السفيه أو اقترضه أو اشترى به شيئاً إن كان ذلك مما لا بد له منه صح ضمانه لأنه يلزمه فى ذمته ويرجع عليه فى ماله ، وعلى ذلك يرجع عليه الضامن فى ماله إذا أدى عنه .

أما إن كان مما لا يلزم له فكفل به رشيد ، فإن الحكم فى ذلك يختلف فإن كان الضامن لا يعلم أنه محجوز عليه والمضمون له يعلم ذلك لم تصح الكفالة اتفاقاً ولا يلزم الضامن لأنه ضمن مالا يجب وهو لا يعلم ذلك وقد أقدم

على الضمان على زعم أنه ضمان لواجب . وإن كان الضامن هو الذى يعلم بأنه محجور عليه والمضمون له لا يعلم ذلك صحت الكفالة ولزم الكفيل ماضمن اتفاقا ، لأن اقدامه على الكفالة مع علمه بعدم وجوب الدين يعد تبرعا منه بهذا الدين للمضمون له فيلزمه ذلك تجنبا لخداع المضمون وغدره . أما إذا كانا يعلمان ذلك جميعا أو يجهلانه فعند ابن القاسم تصح الكفالة فى الحالين ويلزم الكفيل ما ضمن وعند ابن الماجشون لاتصح ولايلزمه فى الوجهين ماضمن — أما وجه قول ابن الماجشون فظاهر وهو أن الكفالة غير صحيحة لأنها كفالة بما ليس واجبا ، وأما وجهة ابن القاسم فهى أن الكفيل حال علمه بالحجر أقدم على الكفالة فكان ملتزما بالمال متبرعا به فيلزمه ، أما فى حال الجهل بحال المكفول عنه فلعل وجهه أن الكفالة من الكفيل حال جهالة المكفول له بالحجر قد يكون من نتيجتها أنه قد استوثق بهذه الكفالة على أساس أنها كفالة صحيحة ولولاها لكان له إجراء آخر مع المدين، وفى ابطالها إضرار بالمكفول له وليس فى تصحيحها إلزام الكفيل بما لم يقدم على التزامه فوجب لذلك أن يترتب عليها أثرها إقراراً للمعاملات (١) .

ثم إذا أدى الضامن عن السفيه دينه فى هذه الأحوال الأربع لم يرجع فى مال السفيه لعدم وجوب ذلك على السفيه ابتداء ، وذكر اللخمى من فقهاء المالكية أن كفالة المولى عليه إذا كانت مشروطة فى أصل عقد الدين ، وكان الكفيل والمكفول له عالمين بالحجر أو كان الكفيل وحده هو العالم به كانت

---

(١) يقال أن إقدامه فى هذه الحال إقدام على ما يعتقد أنه له حق الرجوع به فكيف يلزم بما ليس له حق فى الرجوع به — قد يخرج على نظرية الزام بما التزم به .

الكفالة لازمة (١) وان كان المكفول له عالما دون الكفيل كانت الكفالة ساقطة (٢) وان كانا يجهلان جميعا فعلى وجهين (٣) ، أما إذا كانت الكفالة بعد العقد وهما يجهلان بالحجر جميعا فانها تكون ساقطة (٤)»راجع الحطاب ج ٥ ص ٩٦ ، أقول — وليس يبعد أن يكون الزام الكفيل بما التزمه عند عدم وجوب الدين فى ذمة المكفول عنه مرده إلى تبرع الكفيل والتزامه بذلك لا إلى صحة الكفالة إذ أنها لاتكون إلا بدين ثابت .

أما التشريع الوضعى فيفرق فى الحكم بين التزام باطل بطلانا أصليا والتزام باطل بطلانا نسبيا ، فإذا كان التزام المكفول به باطلا بطلانا أصليا تكون الكفالة باطلة أما إذا كان باطلا بطلانا نسبيا فان الالتزام الأصلى فى هذه الحال يعتبر صحيحا ومنتجا لآثاره إلى أن يحكم بابطاله ، وعلى هذا تظل الكفالة به صحيحة كذلك حتى يحكم بابطاله فتبطل — على أن للكفيل الحق فى هذه الحال فى طلب الحكم بابطال الالتزام الأصلى اما باسم المدين بناء على المادتين ٢٣٥ ، ٢٣٦ مدنى ، واما باسمه هو بناء على المادة ٧٨٢/ ١ مدنى التى تخول للكفيل الحق فى أن يتمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين - وعلى ذلك فان ذمة الكفيل تبرأ بعد تقرير بطلان الالتزام الأصلى المكفول به ولكن المادة

(١) وهذا يتفق مع القول الأول وكلاهما يخرج على ذلك التزام بالتبرع ؟ ذلك هو الظاهر وفى هذا خلاف ابن الماجشون عند علمها جيماً .

(٢) وهذا يتفق أيضاً مع ماسبق والوجه أنه لادين وقد سبق أن عدم الصحة محل اتفاق.

(٣) أحد الوجهين مبنى على نظرية الالتزام وهو صحة الالتزام ـ والثانى مبنى على أن عدم وجود دين وهو عدم صحة الالتزام وانتفاء التبرع لجهل الضامن .

(٤) لايقال فى هذه الحال أن المكفول له لم يقدم على العقد إلا بعد أن كان لديه استيثاق من الكفيل فلابد من مراعاة ذلك والقول بصحة الالتزام تجنب لخداعه وغروره بل يقال أنه قد سلط المحجور عليه على ماله فوجب أن يتحمل تبعة ذلك ولذا كانت الكفالة ساقطة .

٧٧٧ مدنى تضمنت حكما استثنائيا يقضى ببقاء الكفيل ملتزما حتى بعد الحكم ببطلان الالتزام الأصلى متى كان سبب هذا الابطال هو نقص أهلية المدين وكانت كفالته حاصلة بسبب هذا السبب فيه ، وهذا نصها :

« من كفل التزام ناقص الأهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية كان ملزما بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول : ومقتضى ظاهر المادة أن الكفالة قد حدثت لتأمين المكفول له فإذا تبين أنها لم تكن لذلك سرى عليها الحكم العام وهو البطلان » عبد الباقى ص ٧٦ — ٨٠ » ، وهذا يتفق مع مذهب المالكية كما هو ظاهر .

شروط الصيغة

يشترط أن يكون قبول الكفالة عند من من يجعله ركنا فيها فى مجلس الايجاب لأن الكفالة من العقود المالية التى يشترط فيها اتحاد مجلس القبول والايجاب فإذا كفل انسان دينا فى غيبة المكفول له فلم يقبل عنه فضولى لم يتوقف الايجاب إلى ماوراء المجلس وبطل لذلك حتى إذا قبل المكفول له بعد المجلس لم تصح الكفالة — ولو قبل عنه فضولى جاز ذلك وتوقف نفاذ الكفالة على اجازتها من المكفول له وللكفيل أن يرجع عن ايجابه قبل اجازة الكفالة من المكفول له كما للبائع أن يرجع عن ايجابه بالبيع قبل اجازته من المشترى ، وخالف ذلك أبو يوسف فى قوله الأخير فذهب كما تقدم الى أن الكفالة تتم بالكفيل وحده وجد القبول من المكفول له أو من فضولى عنه أم لم يوجد، واختلف الحنفية فى التخريج على قول أبى يوسف هذا فقيل تجوز عنده متوقفة على اجازة المكفول له حتى لورضى بها وأجازها نفذت وإلا بطلت وذلك على أساس أن الكفيل يعتبر معبرا عن نفسه فى الايجاب وفضوليا عن المكفول له فى اعتبار الايجاب قبولا فلذلك يتوقف العقد الى ماوراء المجلس كرأيه فى غيرها من العقود ، ويؤدى هذا الى أن القبول ركن — وقيل تكون بعبارة

الكفيل نافذة وللمكفول له بعد ذلك الرد ان أراد وهذا هو أصح القولين وأظهرهما كما فى فتح القدير ، ومؤداه أن القبول ليس ركنا .

الباعث على الكفالة :

لايشترط جمهور الفقهاء أن يكون الباعث على الكفالة سبباً مشروعا وعلى ذلك لو أن خليلا كفل عن خليلته بدين عليها لآخر ليحظى باستمرار معاشرتها له وبقاء صلته بها وتبين ذلك من القرائن كانت الكفالة صحيحة ملزمة عندهم لأنها مجرد التزام من الكفيل عند جمهور فقهاء الاسلام . وخالف فى ذلك بعض الحنابلة فذهبوا الى ابطال كل عقد أو التزام تبين أن الباعث عليه أمر محظور محرم سواء تضمنت صيغة مايدل عليه أم كان أمرا باطنيا معنويا وان جاز ألا يحدث أو أن يتبدل وذلك لأنه قد اتخذ وسيلة الى أمر محظور محرم ولم يجعله الشارع وسيلة الى ذلك وفى تصحيحه اعانة على المعصية والاعانة عليها بأى طريق محظور وقد قال صلى الله عليه وسلم «وانما لكل امرىء مانوى» وهذا عام يعم العبارات وغيرها من المعاملات والأقوال والأفعال وهو دليل على أن من اتخذ البيع وسيلة الى الربا فقد قارف الربا وليس يعصم منه صورة البيع ومن نوى بالزواج التحليل كان تيسا مستعارا كما دل على ذلك الحديث .

واختلف فى ذلك فقهاء التشريع الوضعى ، فمنهم من ذهب هذا المذهب ومنهم من خالفه فذهب إلى أن الباعث الدافع اليها يجب أن يكون مشروعا والا كانت الكفالة باطلة غير أنه يشترط لذلك أن يكون الدائن عالما بعدم مشروعية الباعث الدافع أو على الأقل كان فى مكنتهومن اليسير عليه أن يتبينه والألم يفسد الالتزام وقد اشترط الفقه والقضاء هذا الشرط طلبا لاستقرار المعاملات وحماية للثقة المشروعة ، وعموم المادة ١٣٦ مدنى يقضى بأن التشريع المصرى يأخذ بالرأى الأخير إذ تقضى بأن كل التزام ارادى يجب أن يكون

له سبب مشروع ومن ذلك الكفالة . » راجع التأمينات الشخصية والعينية للدكتور عبد الفتاح عبد الباقى ص ٦٩ ، ٧٠ وهاك نص المادة ١٣٦ مدنى .

« وإذا لم يكن للالتزام سبب ، أو كان له سبب مخالف للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا » .

حكم الكفالة :

يستعمل الفقهاء حكم العقد فى معنى من المعانى الثلاثة الآتية :

١ - مايوصف به العقد من وصف يرجع إلى طلب الشارع له أو إلى نهيه عنه فيقولون فى هذا المعنى حكم هذا العقد أنه واجب أو مندوب اليه أو حرام أو مكروه أو مباح وعلى هذا الأساس يختلف حكم عقد الكفالة بحسب مايصاحبه من ظروف فاذا كان فى إعانة على خير كان مندوبا اليه كأن تكفل من يطلب مالا فى سبيل بر ، وأنت ترى من حاله أنه قادر بعد حين على الوفاء به وفى كفالته اعانة له على هذا البر والخير ، ويكون واجبا اذا كفلته فى مال يسد به جوعا يؤدى به الى المخمصة .

ويكون حراما اذا كفلته فى مال يريد اضاعته فى المحرمات ، ومكروها اذا ما كفلته فى مال يريد انفاقه فيما لاحاجة به اليه ، ويرى الشافعية أنه سنة فى حق قادر عليه آمن من غائلته اذا كان فى دين لم ينفق فى شر .

٢ - مايوصف به العقد من وصف يرجع اعتبار الشارع له وعدم اعتباره أو الى ماله من قوة ملزمة لطرفيه وفى ذلك قد توصف الكفالة بأن حكمها البطلان لفقدان شرط من شروط انعقادها أو بأن حكمها الفساد لفقدان شرط من شروط صحتها فيقال أنها باطلة أو فاسدة وذلك لأن الشارع لايعتبرها فى هذه الحال ولايترتب عليها أثرا . ويقال أنها صحيحة لإعتبار

الشارع اياها بأن رتب عليها آثارها كما يقال أيضاً أنها نافذة أو موقوفه اذا ترتبت عليها آثارها أم لم تترتب .

وعلى هذا الأساس يقال على العموم أن عقد الكفالة غير لازم من جهة المكفول له فيستبد بفسخها وانهائها وذلك بابرائه الكفيل من الكفالة لأنها خالص حقه ولازم بالنسبة للكفيل فلا يستبد بفسخها ولا بإنهائها الا برضا المكفول له - وليس بتوقف شيء من ذلك على رضا المكفول عنه - وهذا حكم متفق عليه لايخالف فيه فقيه ، وعلى ذلك فهى عقد ملزم لجانب واحد وهو الكفيل كالرهن فانه عقد لازم بالنسبة الى الراهن وحده وعلى هذا أيضاً التشريع الوضعى .

وقد استثنى من ذلك كفالة الكفيل بالدين إذا كانت معلقة على سبب وجوبه كما إذا قال له بايع فلاناً وأنا كفيل بالثمن فأجاز الحنفية للكفيل فى هذه الحال أن يرجع عن الكفالة بشرط أن يكون ذلك قبل المبايعة وبشرط أن يعلم المكفول له برجوعه قبل الإدانة حتى لايقع فى الضرر ، ولايشترط أن يعلم بذلك المكفول عنه ، ويعد من الرجوع أن ينهاه الكفيل عن المبايعة قبل تمامها ، فقد جاء فى الهندية عن التتارخانية ولو رجع الكفيل عن الضمان قبل المبايعة أو نهاه عنها لم يضمن جـ ٣ ص ٢٧٢ ، وكذلك يصح للكفيل أن يرجع عن الكفالة المضافة قبل حلول وقتها ففى الهندية جـ ٣ ص ٢٨٩ ولو ضمن أجرة كل شهر فى الإجارة فله أن يرجع فى رأس الشهر ، ثم علل ذلك بأن للكفيل أن يرجع عن الكفالة المستقبلة ونقل ذلك عن الاختيار وشرحه المختار جـ٢ ص٦٥ وفيه ولو ضمن لامرأة عن زوجها بنفقة كل شهر جاز وليس له الرجوع عن الضمان فى رأس الشهر ، ولو ضمن أجرة كل شهر فى الاجارة فله أن يرجع فى رأس الشهر والفرق أن السبب فى النفقة لم يتجدد فى رأس الشهر بل تجب فى الأشهر كلها بسبب واحد وهو العقد ،

وسبب الأجرة فى الإجارة يتجدد فى كل شهر لتجدد العقد فله أن يرجع عن الكفالة المستقبلة ولأن النفقة فى الزوجية تجب بالعقد بشروط وجوبها وقد جازت الكفالة بها استثناء قبل أن تصير ديناً فى الذمة بفرضها وحلول وقتها مع أن وجوبها فى ذمة الكفيل منوط بوجوبها وثبوتها فى ذمة الزوج وعلى ذلك كانت الكفالة بها عند إنشائها فى معنى الكفالة المضافة إلى وقت ثبوتها فى ذمة الزوج وهى لازمة لايجوز للكفيل الرجوع عنها تنزيلا للنفقة المستقبلة فى هذه الحالة منزلة الدين الحال لتحقق سببه وهو العقد .

أما كفالة الإجارة فهى كفالة لدين لايثبت إلا باستيفاء المنفعة والعقد فيها الذى هو السبب يتجدد بتجدد الوقت فلا تعد الأجرة ديناً وجد سببه عند إنشاء الكفالة ومن ثم كانت كفالة بدين مستقبل لم يتحقق سببه فكانت مضافة فى معناها وجاز فيها الرجوع قبل الوقت أى قبل وقت الوجوب والشروط التى اشترطوها فى جواز الرجوع عن الكفالة بالدين المستقبل يتأتى تحقيقها فى هذه الكفالة . ذلك لان إجارة الأعيان مشاهرة — مثل أن يؤجره داره كل شهر بكذا — صحيحة لازمة فى الشهر الأول فقط دون بقية الشهور التالية لأنها فى الشهر الأول منجزة وفى غيره مضافة وفى لزومها خلاف فلكل من العاقدين حق الفسخ وذلك عند تمام الشهر ويجب أن يكون بمحضر من صاحبه والفساد فيها لجهالة المدة ويثبت حق الفسخ فى الليلة الأولى من الشهر ويومها وبه يفتى وقيل فى أول ساعة منه ومشى عليه القدورى(١) .

وكما يجوز أن يرجع عن الكفالة بالدين المستقبل يجوز له أن يرجع عن الكفالة المعلقة إذا ما رجع قبل تحقق الشرط الذى علقت عليه الكفالة وأعلن المكفول له بذلك ويدل على هذا ما فى الفتح جـ ٥ ص ٤٠٤ عند كلامه

---

(١) راجع الدر المختار رواية ابن عابدين جـ ٥ ص ٣١ .

على قول الكفيل ما بايعت فلاناً فعلى ، قال ولو رجع الكفيل عن هذا الضمان ونهاه عن المبايعة صح حتى لو بايع بعد ذلك لم يلزم الكفيل شيء — ولكن لا يجوز رجوع الكفيل عن كفالة بدين مؤجل لأنها كفالة قائمة فعلا وإنما صح رجوعه فى الكفالة المستقبلة لأن لزوم الدين إنما يكون بعد المبايعة واستحقاق مطالبة الكفيل فأما قبل ذلك فهو غير مطالب بشىء ولا ملتزم فى ذمته شيئاً فيصح لذلك رجوعه يوضحه أننا بعد المبايعة إنما أوجبنا المال على الكفيل دفعاً للضرر عن الطالب لأنه يقول إنما اعتمدت على كفالتك حين بايعت هذا الرجل وقد اندفع هذا الضرر حين نهاه عن المبايعة أو حين رجع عن الكفالة فأعلمه برجوعه البحر ج ٢ ص ٢٢٨ ؛ ويفهم من عبارات بعض الكتب الأخرى أنه لا يشترط فى صحة الرجوع أن يرجع وينهاه عن المبايعة بل يكفى فيه أحدهما .

رأى المالكية :

والمالكية يجوزون للكفيل أيضاً الرجوع فى الكفالة المترتبة على المعاملة وهى الكفالة المعلقة عليها وظاهر المدونة أنه يشترط فى صحة الرجوع إعلام المكفول له[1] وفى المدونة ج ١٧ ص ١١٠ قال شخص لآخر داين فلاناً فما داينته فعلى، فلم يداينه حتى أتاه فقال له لا تفعل فإنه قد بدا لى أيكون ذلك له أم لا ؟ قال نعم حتى إذا داينه لم يلزمه شيء لرجوعه عن كفالته قبل المداينة .

رأى الزيدية :

وكذلك رأى الزيدية فقد صححوا الكفالة بما سيثبت فى الذمة وهى الكفالة المعلقة نحو ما بايعت فلاناً فأنا ضامن وجعلوا للكفيل أن يرجع عنها

---

(١) راجع الفتاوى الهندية ج٣ ص ٢٨٩ والفتح ج٥ ص ٤٠٤ والهندية ج٣ ص ٢٧٢ والبحر ج٦ ص ٢٢٨ والدسوقى ج ٣ ص ٣٣٤

قبل ثبوت الدين وأوجبوا أن يكون ذلك فى مواجهة المضمون له كما فى فسخ العقود وإن كان ذلك فى غيبة المكفول عنه المنتزع ج٤ ص٢٦٩ .

رأى الحنابلة :

وكذلك أجاز الحنابلة للكفيل أن يرجع عن ضمان مايؤول إلى الوجوب قبل وجوبه لعدم اشتغال ذمته عند الرجوع — وسكتوا عن اشتراط اعلام المكفول له بذلك ج ٢ ص ١٧٦ — كشاف القناع ، وفى منتهى الارادات ج ٢ ص ١٠٨ وإذا قال ضمنت لزيد ما يدينه بكرا أو ما يقربه أو ما يثبت له عليه صحت الكفالة وله إبطال هذا الضمان(١) قبل وجوب الحق لأنه إنما يلزم بالوجوب ، ويؤخذ من هذا أن الضمان يبطل بموت الضامن قبل وجوب الحق .

أما الشافعية والشيعة فقد علمت أنهم لايجوزون الكفالة بدين لم يجب بعد .

التشريع الوضعى :

وأما القانون المدنى فقد نص فى مادته ٧٧٨ على جواز الكفالة بالديون المستقبلة بشرط أن يحدد فيها المبلغ المكفول به كما قدمنا ونصها : « تجوز الكفالة فى الدين المستقبل إذا حدد مقدما المكفول كما تجوز الكفالة فى الدين الشرطى ، على أنه إذا كان الكفيل فى الدين المستقبل لم يعين مدة الكفالة

---

(١) يلاحظ أن الكفالة فى هذه الصور ليست كفالة بدين مستقبل وإنما هى كفالة بدين قبل ظهور وجوبه وليس يبدو أن يفترق عن الدين الظاهر الثبوت والظاهر من التعليل أنها كفالة بدين مستقبل وأن الذى ضمنت ماسيداين به فلانا أو ماسيقر به أو ما سيثبت عليه بسبب معاملة مستقلة .

كان له فى أى وقت أن يرجع فيها مادام الدين المكفول لم ينشأ أى وذلك حتى لايترتب على الرجوع ضرر .

وقد أجازت الفقرة الثانية للكفيل أن يرجع عن كفالته فى أى وقت ما دام أن الدين المكفول به لم ينشأ وهذا إذا لم يعين الكفيل مدة لكفالته تنتهى بانتهائها أما إذا عين مدة لكفالته كأن كفل لمدة سنة من اليوم تلتهى كفالته بانتهائها فلا يجوز للكفيل فى هذه الحال أن يرجع عن كفالته ولو كان رجوعه قبل نشوء الدين . والحكمة فى جواز رجوع الكفيل عن كفالته بالدين المستقبل قبل نشوئه أن الكفالة لا تنشأ فى الواقع ولا يعد الكفيل ملتزما إلا بعد نشوء الدين وعلى ذلك لا تعتبر الكفالة قد تمت وذلك لعدم وجود محلها وهو الدين المكفول به . ولعدم تمامها جاز للكفيل أن يرجع فيها ولكن بشرط أن يعلن المكفول له برجوعه قبل أن يتورط فى الإدانة بناء على الكفالة . وهذا الشرط وان لم يصرح به فى المادة المذكورة إلا أن الغرض الذى هدف إليه المشرع من منح الكفيل حق الرجوع قبل نشوء الدين هو تمكينه من مراعاة حاله المالية وحال المدين قبل أن يتورط فى الالتزام وهى حالة قد تتطور وتتغير بعد إقدامه على الكفالة إلى مايدعوه إلى العدول عنها وتلك كما يرى حماية استثنائية للكفيل ، ولا يجوز أن يتخذ من هذه الحماية سبيلا إلى الاضرار بالدائن وهذا إذا لم يحدد الكفيل مدة لكفالته ، أما إذا حدد مدة لكفالته فإنه بهذا التحديد قد التزم التزاما محدد الوقت أمام الدائن فلا يجوز له العدول عن هذا الالتزام شأنه شأن إيجاب محدد الوقت فى عقد من العقود إلزاما له بالتزامه ، وفى رأيى أن الالتزام بالكفالة قد تم بالارتباط به والتعاقد عليه بين الكفيل والمكفول له فى الحالين — فلا يجوز التفرقة بينهما فى الرجوع فإذا جاز للكفيل أن يرجع فى احداهما كان الواجب كذلك أن يرجع فى الأخرى مادام الدين المكفول به لم ينشأ بعد ، وهذا

ماذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية[١] .

٣ — الأثر المترتب على العقد — وقد اختلف الفقهاء فيما يترتب على الكفالة من آثار .

فذهب أهل الظاهر والشيعة وابن أبى ليلى وابن أبى شبرمة وأبو ثور إلى أن الأثر الذى يترتب عليها هو انتقال الدين من ذمة المدين المكفول عنه إلى ذمة الكفيل ، وعلى ذلك تبرأ ذمة المدين فلا يكون للدائن أن يطالبه بالدين وإنما يطالب به الكفيل وحده .

وذهب الجمهور الى أن الأثر الذى يترتب عليها هو شغل ذمة الكفيل بالدين الشاغل لذمة المكفول عنه مع بقائه شاغلا لذمة المدين «المكفول عنه» فيكون كل منهما مطالبا بالدين .

وذهب فريق من الحنفية الى أن الأثر الذى يترتب عليها هو ثبوت حق مطالبة الكفيل بالدين المكفول به مع بقاء هـذا الدين شاغلا لذمة المدين المكفول به مع بقاء حق مطالبته به ومع عدم شغل ذمة الكفيل به . وقد بينا ذلك فيما مضى ، وفصلنا دليل كل رأى وما يوجه إليه من نقد . ويقتضينا هذا أن نفصل القول فى بيان حدود التزام الكفيل بالنسبة لهذه الآراء الثلاثة .

فعلى الرأى الأول — رأى الشيعة وأهل الظاهر — يترتب على الكفالة أولا براءة ذمة المدين الأصلى من الدين نهائيا ، فلا يرجع عليه الدائن سواء

---

(١) قد يفرق بين الحالين بأن الكفيل حين تعيينه مدة لكفالته قد يتأتى له أن يتعرف عن حاله وظروفه المالية وظروف المكفول عنه فى تلك المدة وبناء على ذلك حددها أما عند الاطلاق فليس من اليسير عليه أن يحيط بظروفه فى مستقبل غير محدود فكان له حق الرجوع اذا رأى أن حالته تستوجب ذلك .

أكانت الكفالة بأمره أو بغير أمره وذلك عند أهل الظاهر إلا فى صورة واحدة وهى ما إذا قال المدين للكفيل أضمن عنى ما لهذا من الدين على فإذا أديت عنى فهو دين لك على فعندئذ يكون له أن يرجع عليه بما أدى عنه لأنه استقرضه ما أدى عنه بقوله فإذا أديت فهو دين على وذلك قرض صحيح له أن يرجع به عليه حال حياته وأن يرجع به بعد وفاته فى تركته إذا أدى ، أما فى غير هذه الحال فلا يرجع الضامن على المدين حال حياته ولا فى تركته بعد وفاته بشىء أبدا — وهذا عند أهل الظاهر — أما عند الشيعة الجعفرية فإن له حق الرجوع على المدين إذا أدى الدين عنه وكانت الكفالة بأمره كما سيأتى بيانه .

ثانيا — انتقال الدين إلى ذمة الكفيل بحالتـــه ووجوب أدائه عليه ولا يجوز للمضمون له أن يرجع على المدين الأصيل ولا أن يطالبه بشىء من هذا الدين لسقوطه عنه ولا أن يطالب ورثته من بعده ليؤدوه من تركته سواء انتصف فوفى الدين أو لم ينتصف فلم يؤد إليه شىء وهذا عند أهل الظاهر والشيعة جميعاً .

وانتقال الدين بحالته إلى ذمة الضامن إذا كانت الكفالة به مطلقا — أما إذا كانت مقيدة أو مشروطة بشروط فإنه ينتقل إليها مع مراعاة هذه الشروط عند الشيعة .

وعلى ذلك إذا كان الدين حالا فكفله على أن يكون مؤجلا إلى أجل معلوم انتقل إلى ذمة الكفيل مؤجلا وذلك لرضى الدائن بتأجيله .

وكذلك إذا كان الدين مؤجلا فكفله حالا انتقل إلى ذمته حالا لاتفاقهما على اسقاط الأجل غير أن الضامن لا يرجع على المضمون عنه الا إذا أدى فعلا وانتهى الأجل الذى كان للمدين وكان للضامن حق الرجوع بأن كانت الكفالة بأمر المدين على ماسيأتى بيانه .

وكذلك إذا كان الدين مؤجلا فضمنه إلى أجل أزيد أو أنقص .

وإذا ضمن الحال مؤجلا فتوفى حل هذا الدين بوفاته وليس لورثته للرجوع على المضمون إلا بعد الأداء وانقضاء الأجل .

وليس لوفاة المضمون اعتبار فى حلول الدين .

ومن الشيعة من يرى عدم صحة كفالة الحال مؤجلا وعدم صحة كفالة المؤجل حالا ومنهم الشيخ الطوسى(١) .

ولعل وجه ذلك أن هذا تغيير للدين ، وإنما ينتقل بالكفالة ما كان فى ذمة المدين من دين على وضعه والظاهر أن ذلك مذهب أهل الظاهر أيضا لذهابهم إلى عدم جواز تغيير وصف الدين من حلول إلى تأجيل أو من تأجيل الى حلول بناء على أن ذلك اشتراط لشرط ليس فى كتاب الله « المحلى ج ٤ ص ٨٤ » .

وبناء على ماتقدم يكون للدائن حق مطالبة الكفيل بأداء الدين فى محله « أى فى أجله » دون نظر إلى حال المضمون من ناحية المقدرة على مطالبته أو عدم المقدرة على ذلك ودون نظر إلى قدرته على الوفاء أو عدم قدرته بل ليس للدائن مطالبة المدين الأصلى المضمون بالدين لبراءة ذمته بالنسبة له وليس له أن يرجع عليه بشىء إذا لم ينتصف من الكفيل متى كانت الكفالة صحيحة مستوفيـــة لشروطها ومنها ملاءة الكفيل أو علم الدائن بعسرته عند الشيعة .

ومذهب أهل الظاهر والشيعة فى ضمان المال قد يرى أنه يشبه إلى درجة ما

---

(١) توفى سنة ٤٦١ هـ

مايعرف فى التشريع الوضعى بالحلول الاتفاقى وهو مانص عليه فى المادة ٣٢٧ مدنى ونصها :

« للدائن الذى استوفى حقه من غير المدين أن يتفق مع هذا الغير على أن يحل محله ولو لم يقبل المدين ذلك . ولا يصح أن يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء .

فإن هذه المادة تجيز أن يتفق الدائن مع أجنبى على أن يوفيه دينه قبل فلان ويحل محله فى هذا الدين سواء أقبل المدين ذلك أم لم يقبل وليس يجوز أن يكون هذا الاتفاق بعد وفاء الدين بل يجب أن يكون معه أو سابقاً عليه وبناء عليه يوفى الأجنبى الدين ويحل محل الدائن فيه وفى كل ما لهذا الدين من خصائص وما يلحقه من توابع . وما يكفله من تأمينات ، وما يرد عليه من دفوع ، ويكون هذا الحلول بالقدر الذى أداه من ماله من حل محل الدائن « ٣٢٩ مدنى » أو بالقدر الذى سقط من الدين نتيجة قيامه بالوفاء بناء على هذا الاتفاق .

وقد علمت أن أهل الظاهر لا يجعلون للضامن حق الرجوع على المدين بما يوفى وهذه هوة كبيرة بين مذهبهم فى الضمان وبين الحلول فى التشريع الوضعى ويجعلون الضامن متبرعا بالوفاء ملتزما به — وكذلك الشيعة يوجد فرق كبير بين مذهبهم فى الضمان وبين الحلول ، فانهم وان جعلوا للضامن حق الرجوع على المدين إذا كانت الكفالة والأداء بأمره على ماسيأتى — لايجعلون الضامن محل الدائن فيما كان لدينه من خصائص وتوابع وتأمينات .

ثم يلاحظ مع هذا أن الحلول فى التشريع الوضعى لا يتحقق إلا بوفاء الدين فعلا بينما أن انتقال الدين إلى الضامن عندهؤلاء يتحقق بمجرد نشوء الالتزام بين الدائن والضامن .

ولكن الظاهر أن مذهب الشيعة يتفق مع طريقة تجديد الدين بتغير المدين فان هذا التجديد ينهى الالتزام الأصلى وينشىء مكانه التزاما جديدا بتغيير المدين فيحل هذا الالتزام الجديد محل الالتزام الأصلى دون أن يكون له خصائص هذا الالتزام وتوابعه وتأميناته — وقد نصت المادة ٣٥٦ مدنى على أنه « يترتب على التجديد انقضاء الالتزام الأصلى بتوابعه وانشاء التزام جديد مكانه — ولا ينتقل الى الالتزام الجديد التأمينات التى كانت تكفل تنفيذ الالتزام الأصلى إلا بنص فى القانون أو إلا إذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى ذلك » ثم نص فى المادة ٣٥٨ على أنه « لاتنتقل الكفالة إلى الالتزام الجديد سواء أكانت عينية أم شخصية » .

والتجديد بتغيير المدين يتم باتفاق الدائن مع أجنبى على أن يكون هذا الأجنبى مدينا مكان المدين الأصلى وعلى أن تبرأ ذمة المدين الأصلى دون حاجة إلى رضائه — أو إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبى يقبل أن يكون هو المدين الجديد . « م ٣٥٢ مدنى » وليس من شك فى أن المدين الجديد يكون له بذلك حق الرجوع على المدين الأصلى نتيجة لما تقضى به القواعد العامة .

رأى الجمهور :

وعلى الرأى الثانى وهو رأى الجمهور يترتب على الكفالة كما قلنا شغل ذمة الكفيل بالدين المكفول به فيصير ملتزما به مع بقاء التزام الأصيل به .

وعلى ذلك يتحدد التزام الكفيل بما كان يلتزم به الأصيل مع مراعاة ماتضمنه عقد الكفالة من بيان وشروط لأن الكفيل لايلزم إلا بما يلتزم به الأصيل وعلى ذلك يجب أن يكون التزامه فى حدود ماالتزمه بعقده ،

فلا يتجاوز التزامه هذه الحدود فاذا ضمن جزءا من الدين لم يلزم بغيره من الأجزاء الأخرى — وإذا كفل بالدين لفلان على أنه ألف جنيه ، فظهر أنه ألفان لم يلزم الا بألف فقط كما أن كفالته بالدين لا تتناول ما يغرم الدائن فى سبيل مطالبة الأصيل به أو مقاضاته به ونحو ذلك من النفقات .

التشريع الوضعى :

وخالف فى ذلك القانون المدنى إذ تنص المادة ٧٨١ منه على أنه « إذا لم يكن هناك اتفاق خاص فإن الكفالة بالدين تشمل ملحقات الدين ومصروفات المطالبة الأولى وما يستجد من المصروفات بعد إخطار الكفيل — وعلى هذا يسأل الكفيل عن الفوائد وعن الشرط الجزائى إن وجد وعن التعويضات الناشئة عن تأخير الوفاء وعن نفقات المطالبة بالدين سواء أكانت موجهة إلى الأصيل أو إلى الكفيل وعن نفقات التنفيذ — غير أنه يلاحظ أن الكفيل إنما يسأل عن نفقات المطالبة الأولى الموجهة إلى الأصل وهى المصروفات التى ينفقها الدائن فى بداية الاجراءات كنفقات التنبيه بالدفع ونفقات رفع الدعوى أما النفقات الأخرى التى تنفق بعد قيام الدعوى فلا يسأل عنها الكفيل إلا إذا كانت بعد إخطاره بحصول مطالبة المدين .

وكذلك لا تتعدى الكفالة ما حدد لها من زمن إذا كانت الكفالة مضافة إلى زمن مستقبل ولا ما حدد لها من وقت إذا كانت مؤقتة بوقت تنتهى بانتهائه كما بينا ذلك عند كلامنا على إضافة الكفالة وتوقيتها ، وكذلك يراعى فيها تعليقها إذا ما علقت على شرط فلا يعد الكفيل كفيلا إلا بعد تحقيق هذا الشرط فإذا علق الكفيل كفالته على تقديم العميل رهناً وافياً بالدين أو على وفاة المدين لم يلزم بشىء إلا بعد تحقق ذلك .

حكم الكفالة بالدين مع الإطلاق :

وإذا كان الدين المكفول به مؤجلا فكفله الكفيل كفالة مطلقة لزمه مؤجلا ولا يجوز أن يطالب به فى الحال وكذلك الحكم إذا كان حالا لزمه حالا ولا يتأجل بالنسبة إلى الكفيل بعد ذلك إلا باتفاق خاص مستقل بينه وبين الدائن - وتأجيله للكفيل بناء على ذلك ليس تأجيلا للأصيل .

فى كفالة الدين المؤجل حالا أو مؤجلا أبعد أو أقل من أجله :

مذهب المالكية : إذا كان لشخص دين مؤجل فى ذمة آخر فأعطاه المدين كفيلا على أن يؤخره دينه إلى أبعد من أجله بأن كان الدين مؤجلا شهراً فكفله على أن يكون مؤجلا إلى شهرين لم يجز ذلك عند مالك إلا بشرطه . أما إذا حل الأجل أو كان الدين حالا فكفله شخص على أن يكون مؤجلا إلى أى أجل قريب أو بعيد فذلك جائز وإنما لم تجز الكفالة فى الحال الأولى لأن التأخير إلى أجل أبعد يعد سلفاً جر منفعة للدائن هى توثيق دينه بالكفالة من الآن إلى حلول أجله الذى كان مؤجلا إليه ولم يكن موثقا فى هذه المدة . أما الحالة الثانية فهى بمنزلة من أسلف سلفا عن ظهر يد وأخذ به كفيلا وذلك جائز .

وإذا كفله شخص على أن يوفيه الآن أو قبل حلول أجله فذلك جائز إذ لا تهمه حينئذ كما لو كفله على وضعه وليس فيما تقدم إلا أنه عجل الدين قبل أجله وزاد حمالة وذلك لا بأس به .

جاء فى المدونة ج ١٣ ص ١٢٢ : قلت أرأيت أن أخذت منه حميلا قبل محل الأجل على أن يوفينى الدين قبل محل الأجل قال لا بأس بذلك لأنه لا تهمه ها هنا وكذلك الرهن وكذلك أن أعطانى حميلا أو رهنا قبل محل الأجل على أن يعطينى حقى عند محل الأجل أيجوز ذلك أم لا قال لا بأس به

قلت أرأيت أن أخذت منه حميلا قبل محل الأجل وكان دينى عليه الى ستة فأعطانى كفيلا بحق الى ستة أشهر قال هذا لا بأس به لأن هذا لا تهمة فيه ألا ترى أنه عجل الدين الذى عليه قبل محل الأجل وزاد مع ذلك حمالة هذا الرجل فلا بأس بذلك .

هذا ما جاء فى المدونة وإذا لوحظ أن هذا النص مطلق كانت كفالة الدين المؤجل الى أجله أو إلى أقل منه أو كفالته حالا جائزة دون أن يقيد ذلك بقيد .

ولكن جاء فى الخرشى وغيره كالشرح الكبير أن ضمان الدين المؤجل حالا إنما يلزم ويصح بشرطين: أحدهما إذا أسقط المدين حقه فى الأجل لأنه إذا لم يسقط المدين حقه فى الأجل لم تصح الكفالة لأن الكفالة انضمام فى دين المدين ودين المدين مؤجل فلا يكون حالا فى ذمة الكفيل بينما هو مؤجل فى ذمة الأصيل . ثانيهما أن يكون هذا الدين مما يقضى على الدائن بقبوله الوفاء عند تعجيله لأنه إذا كان مما لا يقضى على الدائن بقبوله الوفاء المعجل كأن يكون طعاماً أو عروضاً من بيع فلا يجوز ضمانه حالا وأن تنازل المدين عن حقه فى الأجل لأنه لو جاز الضمان فى هذه الحال فأدى الدين فإن قبل الدائن الوفاء كان فى ذلك حط الضمان وأزيدك . والحط هنا بالتنازل من الدائن عن الأجل والزيادة بالتوثيق على أساس أنه قد لا يحصل الوفاء فعلا بعد الضمان وإن لم يقبل الوفاء كان فى ذلك إضراراً بالكفيل يشغل ذمته إلى الأجل وهو لم يرض بذلك .

وقد صورت مسألة ضمان المؤجل حالا بما يأتى : أن يكون لشخص دين مؤجل قبل آخر فأسقط المدين حقه فى الأجل وضمنه الكفيل على الحلول فإن هذا الضمان يصح ويلزم . ويظهر من هذا التصوير أنه يشترط فى صحة ضمان المؤجل حال نزول المدين عن حقه فى الأجل حتى يكون ذلك من

قبيل ضمان الحال حالا ومحل هذا إذا كان الدين مما يقضى بقبوله تعجيله كما تقدم .

رأى الشيعة وأهل الظاهر :

ذلك مذهب المالكية ومن الشيعة من ذهب مذهب المالكية فى عدم جواز كفالة المؤجل حالا وذلك أيضاً هو مذهب أهل الظاهر على مايظهر .

رأى الحنفية :

وذهب الحنفية إلى جواز كفالة المؤجل حالا ويقتصر الحلول على الكفيل.

رأى الحنابلة :

وذهب الحنابلة إلى صحتها أيضاً ولكن لا يصير بها الدين حالا بل يكون مؤجلا على الكفيل أى ويلغى وصف حلوله وعندهم احتمال آخر بصحة كفالته حالا ويبقى حلوله على الكفيل .

أما الشافعية فلهم ثلاثة أقوال قول يتفق مع الحنفية وآخر يتفق مع الحنابلة وقول بعدم صحتها كالمالكية .

كفالة الدين الحال مؤجلا

إذا كان لشخص دين حال فى ذمة آخر فكفله كفيل على وضعه فالكفالة صحيحة باتفاق الفقهاء على اختلاف مذاهبهم كما قدمنا أما إذا كفله على أن يكون مؤجلا فقد اختلف الفقهاء فى ذلك .

ذهب الحنفية إلى أن كفالة الدين الحال على أن يكون مؤجلا صحيحة وعند ذلك يتأجل على الكفيل والأصيل جميعاً إلى الأجل الذى أجل إليه الدين فى ظاهر الرواية . وروى ابن سماعة عن محمد إلى أن التأجيل يقتصر على الكفيل وحده ويبقى الدين حالا على الأصيل ذلك لأن عقد

الكفالة إنما تضمن تأجيلا على الكفيل فقط فيقتصر عليه كما إذا كان التأجيل له بعد عقد الكفالة إذ لا فرق بين الحالين فى أن ما تم الاتفاق عليه بين الدائن والكفيل هو تأجيل الكفيل دون تعرض لتجاوز هذا الأجل إلى الأصيل فيبقى الدين عليه كما كان .

ووجه ظاهر الرواية أن تأجيل الدين كان بمقتضى عقد الكفالة نفسه وإذا كان فى عقد الكفالة وهو يقتضى إثبات الدين فى ذمة الكفيل كان الأجل صفة للدين وتغير به وصفه ووضعه فصار بسبب ذلك مؤجلا عليهما جميعاً لأنه دين واحد تغير وصفه بعقد تم بين الدائن والكفيل بخلاف تأجيله على الكفيل بعد عقد الكفالة لأنه حين ثبت فى ذمته ثبت حالا فإذا أجل بعد ذلك كان ذلك اتفاقاً على تأخير المطالبة لا على إثبات دين مؤجل فى ذمة الكفيل والفرق بين هذه الحال وحال كفالة المؤجل على أن يكون حالا إذ يبقى مؤجلا على الأصيل وحده إن الدائن لا يملك إسقاط الأجل على الأصيل وإلزامه بالدين حالا دون التزامه بذلك بخلاف إرجاء الدين والامتناع عن المطالبة إذ يملك ذلك الدائن لأنه خالص حقه .

وذهب الحنابلة إلى أن كفالة الدين الحال مؤجلا صحيحة ويكون التأجيل مقتصراً على الكفيل ويبقى حالا على الأصيل وإلى هذا ذهب الشافعى فى أصح القولين عنده . والقول الآخر عنده عدم صحة كفالة الحال مؤجلا لأن الكفالة التزام ما فى ذمة الأصيل وما فى ذمة الأصيل دين حال لا مؤجل ووجه القول الأول ما رواه ابن ماجة أن رسول الله ﷺ كفل ديناً حالا مقداره عشرة دنانير على أن يكون مؤجلا شهراً . ولأن الكفالة عقد تقتضى إثبات دين فى ذمة الكفيل فيثبت فى ذمته على الوصف الذى تم عليه التعاقد ولا مانع من أن يكون الدين فى ذمة أحدهما مؤجلا وفى ذمة الآخر حالا وذلك حاصل فى كثير من المسائل عند وفاة أحدهما والدين مؤجل إذ يحل بالنسبة له فقط .

وذهب المالكية إلى أنه يصح ضمان الدين الحال مؤجلا لأنه يعتبر سلفاً بكفيل فى الحال غير أنه يشترط لصحته أحد شرطين :

أحدهما أن يكون المدين موسراً ولو فى أول الأجل فقط وذلك لكى لا يصير سلفاً جر نفعا وهو محظور. ذلك لأنه لو كان معسراً فى أول الأجل فإن تأجيله يعد سلفاً جديداً وكان التوثيق فى هـــذه الحال نفعاً جره هذا التأجيل إذ الظاهر أنه لولا التوثيق ما كان التأجيل ولما كان الدين ثابتاً قبل التوثيق بالكفالة وكان المدين معسراً لم يكن الدائن متمكنا حينئذ من استيفاء الدين وكان من الجائز أن يتوى عليه فإذا وثق فى هذه الحال بكفيل كان ذلك نفعا له نظير تأجيله الدين أى نظير إقدامه على ما يعد إقراضا من جديد — وكأنهم أغفلوا مراعاة أن ذلك يعد إقراضا جديداً بكفيل لأنه لم يكن فى الواقع إقراضا مبتدأ فى الحقيقة حتى يقال إنه ابتداء سلف بكفيل وذلك للابتعاد عن الشبهة . أما إذا كان موسراً فى أول الأجل فإن الدائن يكون قادراً على الاستيفاء منه فى الحال فلم يكن له فى التوثيق عندئذ نفع .

ثانيهما أن يكون معسراً فى أول الأجل بحيث لا يظن يساره فيه عادة وإنما صحت الكفالة فى هذه الحال لأن التأجيل فيها كعدمه لوجوب أنظار المدين فيها إلى ميسرته بنص الكتاب فلم يكن الأجل عندئذ فى معنى إقراض جديد بأجل وإلى هذا ذهب ابن القاسم .

أما إذا كان يظن يساره عادة فى أثناء الأجل فلا تجوز الكفالة لإمكان استيفاء الدين عند يساره لو لم يؤجله فإذا أجله إلى ما بعد ذلك الوقت وأخذ كفيلا فإن تأجيله إلى ما بعده يعد سلفا فى نظير أنه أخذ كفيلا بالدين من الآن وهذا نفع له. أما إذا كان موسراً كل المدة أو معسراً كل المدة فإن التهمة فى أخذ الكفيل مع التأجيل تكون معدومة لأنه فى حال اليسار

لم يكن فى حاجة إلى التوثيق وفى حال الإعسار مرجأ إلى اليسار فلم يكن بحاجة إلى التأجيل — وعليه إذا صحت الكفالة بتوافر أحد شرطيها تأجل الدين بها على الأصيل والكفيل جميعا — وعند الشبهة العبرة بأول الأجل ولا نظر إلى العادة استصحابا للحال — خرشى ج ٥/٢٥ .

والنتيجة أن تأخير الدين على الأصيل تأخير على الكفيل وتأخيره للكفيل تأخير على الأصيل إلا إذا نص على أنه خاص بالكفيل وحده .

الخلاصة :

جوز الحنفية والحنابلة والشافعية على أصح القولين والشيعة الجعفرية والزيدية كفالة الحال مؤجلا وعندئذ يقتصر التأجيل على الكفيل عند الحنابلة والشافعية والشيعة والزيدية ويتجاوزه عند الحنفية إلى الأصيل فى ظاهر الرواية خلافا لرواية أخرى .

وعند الشيعة وكذلك أهل الظاهر وفى قول عند الشافعى لا تجوز كفالة الحال مؤجلا .

وعند المالكية — يجوز ضمان الحال مؤجلا بشرط : يسار المدين أول الأجل أو إعساره بحيث لا يفى يساره فى أثناء المدة ويرون أن التأجيل على الكفيل تأجيل على الأصيل .

كفالة المؤجل حالا :

رأى الشيعة — تجوز كفالة المؤجل حالا كما تجوز بأجل أقل أو بأجل أزيد ومنهم من لا يجوز ذلك وربما كان ذلك مذهب أهل الظاهر ويستمر كما كان على الأصيل لأنه لم يلتزم بوصف آخر — فلا يتجاوز ذلك الكفيل .

رأى الحنفية : تجوز كفالة المؤجل حالا ويقتصر ذلك على الكفيل .

رأى الحنابلة — تجوز كفالة المؤجل إلى أجل أقرب وأبعد وهو رأى للشافعى أيضاً .

أما ضمان المؤجل حالاً فتصح ولا يصير بها الدين حالا فيلغى الوصف ويبقى مؤجلا . وهناك احتمال بالصحة ، كما يصح ضمان الحال مؤجلا والقولان عند الشافعية .

رأى الشافعية : تجوز كفالة المؤجل حالا ولا يلزم الحلول ويثبت الأجل فى حق الكفيل تبعا للأصيل وقيل تصح حينئذ ويلزمه الحلول وقيل لا تصح مطلقـــاً .

ويرى المالكية جواز كفالة المؤجل حالا أو الى أجل أقرب بشرط تنازل الأصيل عن الأجل . وإن كفله إلى أجل أبعد لم يجز لأنه يصير قرضاً جر نفعا وفى المدونة كفلا دينا مؤجلا على أن يوفيه فى محله أو الى أدنى من ذلك جاز — ابن يونس انما لا يجوز ذلك — أى الى أدنى من الأجل أو على أن يكون حالا إذا كان الحق مما يجوز تعجيله أما إن كان عرضا أو حيوانا من بيع فلا يجوز لأنه فى معنى حط الضمان عنى وأزيدك أى كأن المدين طلب أن يحط الضمان عنه بالتعجيل نظير زيادته توثيقاً بالكفالة .

أما ضمان الحال مؤجلا فلا يجوز إلا إذا حل الأجل بأى سبب لأنه بحلوله استحق استيفاء دينه فتأخيره كابتداء سلف بجميل وهذا جائز أما إذا لم يحل فأخره إلى أجل أبعد لم يجز لأنه يكون سلفاً جر نفعا .

والنتيجة عند المالكية . أن ضمان الحال مؤجلا جائز مطلقاً بشرطه اما ضمان المؤجل إلى أجل أبعد فلا يجوز لأنه قرض جر نفعا وضمانه إلى أجل أقرب أو حالا جائز إذا كان مما يجوز تعجيله أما إذا لم يكن مما يجوز تعجيله فلا يجوز لأنه حط الضمان وأزيدك جـ ٥/٩٨ بالهامش المواق .

فى تاجيل الكفالة والدين

تأجيل المدين وتأجيل الكفيل :

مذهب المالكية :

إذا كان لشخص دين قبل آخر وبه كفيل فأجله على الأصيل كان ذلك تأجيلا للكفيل أيضاً إلى الأجل نفسه غير أنه يجوز للكفيل أن يعترض على ذلك ويعارض فى التأجيل بحجة أنه يخاف أن يفلس المدين ويذهب ماله أثناء الأجل ، ويخير الدائن بين أمرين أن شاء أصر على التأجيل ولا كفالة له وإلا بطل التأجيل إلا أن يرضى به الكفيل كما جاء فى المدونة : أرأيت إن كان لى على رجل حق وقد أخذت منه كفيلا فلما حل الأجل أخرت الذى عليه الأصل أيكون ذلك تأخيرا عن الكفيل أيضاً ؟ وما الحكم إن أخرت الكفيل أيكون ذلك تأخيراً للذى عليه الأصل ؟ قال : أما إذا أخر الغريم « الأصيل » فهو تأخير للكفيل إلا أنه إذا أخر الذى عليه الاصل فقال الحميل لا أرضى لأنى أخاف أن يفلس ويذهب ماله كان له ذلك ويكون صاحب الحق فيه بالخيار إن أحب أن يؤخر الذى عليه الحق ولا حمالة له على الحميل فذلك له وان أبى لم يكن له ذلك إلا أن يرضى الحميل ، وتأجيل الأصيل تأجيل للكفيل أيضا . أما اذا سكت الحميل وقد وصل إلى علمه تأجيل المدين الأصيل فإن الحمالة تلزمه ـ وأما إذا لم يعلم بتأجيل الأصيل حتى حل الأجل الذى أجل اليه فإن للحميل أن يحلف الدائن بالله ما أخر مدينه ليبرأ الحميل من حمالته فإن حلف لزم الحميل حمالته وان أبى بطلت حمالته .

وإذا أخر الحميل كان ذلك تأخيراً للأصيل الا أن يحلف الدائن ما كان ذلك منى تأخيراً للحق عن صاحبه ولا كان ذلك منى الا للحميل فإن حلف كان التأخير للحميل فقط وكان له أن يطالب صاحب الحق وإن أبى أن يحلف

لزمه التأخير بالنسبة إلى كل منهما . ذلك لأنه لو وضع عن الحميل حمالته لكان له أن يتبع صاحب الحق إذا قال انما أردت وضع الحمالة واتباع غريمى فالتأخير بمنزلته .

وقال سحنون إذا أخر الغريم وهو ملىء موسر تأخيراً بينا سقطت الحمالة وان أخره وهو فقير معدم لاشىء عنده فلا حجة للكفيل وله القيام على الكفيل وله أن يكف عنه — والى هذا ذهب أيضا بعض المالكية — ذلك ماجاء فى المدونة بتصرف جـ ١٣ ص ١١٦ ، ص ١١٧ والظاهر أن قوله فيما تقدم فلما حل الأجل لايراد منه تقييد هذا الحكم بأنه فى دين مؤجل حل بل هو والدين الحال ابتداء سواء . وهذا ظاهر .

مذهب الجمهور :

وذهب الحنفية والزيدية إلى أن اقدام الدائن على تأخير الدين للأصيل تأخير للكفيل أيضا لأن الكفيل بمنزلته التبع للأصيل فإذا أجل الدين على الأصيل تأجل على الكفيل أيضاً إذا لايطالب الكفيل بأكثر مما يطالب به الأصيل أما تأجيله الدين للكفيل فيقتصر عليه ولا يتأجل على الأصيل بذلك — وذهب بقية المذاهب إلى أن تأجيل الدين لأحدهما لايعد تأجيلا للآخر منهما سواء فى ذلك الكفيل والأصيل .

التشريع الوضعى :

أما القانون المدنى فإنه يقضى بأنه إذا استبدل بالمدين المكفول عنه مدين آخر برئت ذمة الكفيل ، م٣٥٨ مدنى ، وكذلك إذا أحيل الدائن المضمون إلى شخص غير المدين الأصيل برئت ذمة الكفيل م ٣١٨ مدنى وكذلك إذا قبل شخص أن يتحمل الكفالة إلى وقت محدد لم يجز أن يتجاوز التزامه ومطالبته ذلك الوقت ، كما يجب مراعاة الوقت الذى حدد لنشوء الكفالة والوقت الذى حدد ابراءة ذمته منها .

وقد تضمنت المادة ٣٨٠ مدنى أن الكفالة لاتجوز فى مبلغ أكبر مما هو مستحق على المكفول عنه ولا بشرط أشد من شروط المدين المكفول عنه ، ولكن تجوز بما هو أقل قدرا وبشروط أخف ، وعلى ذلك إذا كان المكفول عنه ملتزما بمائة جنيه لم يطالب الكفيل بأكثر من ذلك واذا كان الدين مؤجلا على الأصيل لم يجز أن يكون حالا على الكفيل بل ينتظر بمطالبة الكفيل الى حول أجله على الأصيل .

وإذا لم تصح الكفالة بشروط أشد من شروط الالتزام الأصلى المكفول فانه يقبل مع ذلك أن يقوم الكفيل بتقديم تأمين كالرهن ولو لم يكن بالالتزام الأصلى رهن ما — ذلك لأن الكفيل لا يعد ملتزما بأكثر من الالتزام الأصلى إذا ماالتزم ذلك ، ولا بشروط أقسى إذ كل مافى الأمر أنه مدين قدم إلى دائنه ضمانا خاصا لوفائه بالتزامه (راجع الدكتور عبد الباقى ، التأمينات والوسيط للدكتور السنهورى باب انقضاء الالتزام) — وإذ قد بينا ماللكفالة من أثر أصلى فانه يتبع ذلك آثار أخرى نبينها فيما يأتى :

ماللدائن المكفول له من حقوق :

أذا تمت الكفالة كان للدائن أن يطالب الكفيل بأداء الدين عند حلوله عليه دون أن يتقيد فى ذلك بتعذر مطالبة الأصيل وله أيضاً مطالبة الأصيل كذلك عند حلول الدين عليه ، فإذا كان حالا عليهما كان له الخيار إن شاء طالب الكفيل بكل الدين وان شاء طالب الأصيل به أيضا ، وان شاء طالبهما به كله فى وقت واحد ، وان شاء طالب كلا منهما بجزء منه دون أن يتقيد فى ذلك بقيد من القيود غير أنه لا يستوفى الدين إلا مرة واحدة من أحدهما أو منهما جميعا ، فلا يجوز له أن يستوفى كل الدين من كل منهما إذ ليس له إلا دين واحد ولأن أداء واحد منهما يبرىء ذمة الآخر مما أدى ، وإلى هذا ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة والزيدية ، وأساس ذلك أن ذمة كل منهما

مشغولة بالدين جميعه فكان له مطالبه أيهما شاء اجتماعا وانفرادا ، وهذه أيضاً رواية عن مالك جرى عليها العمل فى بعض البلاد .

وفى رواية أخرى عنه ليس للدائن المكفول له أن يطالب الكفيل بالدين المكفول به إذا كان حالا والأصيل حاضر موسر ليس ذا لدد فى الخصومة ولا مماطل فى الوفاء — وكذلك إذا كان الأصيل غائباً وله مال حاضر ظاهر يمكن الاستيفاء منه بدون بعد ومشقة. وهذا إذا لم يكن قد اشترط على الضامن أن يأخذ بالحق أيهما شاء الأصيل أو الضامن أو أن يتقدم الضامن فى الوفاء على الأصيل — وذلك لأن الدين إنما وجب ابتداء على الأصيل، والقضاء على الضامن بالدين لو قضى به عليه قضاء على الأصيل ، ولم يكن ضمان الكفيل إلا للتوثق — والتزام الدائن بالدين حينئذ أقرب إلى إنهاء الخصومة وأيسر وأقل عناء ، وإذن فلا موجب حينئذ لازعاج الضامن بمطالبته والتنفيذ عليه فى ماله ، وذلك اعتبارا بحال المرتهن، فكما أنه لا سبيل له إلى الرهن إلا عند عدم(١) الراهن وامتناعه عن الوفاء فكذلك لاسبيل إلا الكفيل إلا عند عدم المكفول عنه .

أما فى غير هذه الأحوال فيحق للدائن مطالبة الضامن لالتزامه بالدين وحاجة الدائن إلى ذلك كما يحق له مطالبة الأصيل أيضاً — وهذه الرواية هى التى رجع إلى القول بها مالك وبها أخذ ابن القاسم وابن وهب واختارها ابن رشد وهى أظهر الروايتين فى المذهب (٢) وعليه العمل فى القضاء .

وإذا شرط الضامن على الدائن فى ضمانه ألا يؤخذ الحق منه إلا إذا مات المدين معدما أو إلا إذا افتقر أو إلا إذا جحد الدين صح هذا الشرط

---

(١) العَدم والعُدم الفقر .

(٢) بدائع جـ ٦ ص ١٠ نهاية جـ ٤ ص ٤٣ مغنى جـ ٥ ص ٨٣ منتزع جـ ٦٧، الدردير والدسوقى جـ ٣ ص ٣٣٨ والخرشى جـ ٥ ص ٣٣

عند المالكية ولزم فلا يكون للدائن مطالبة الضامن إلا على أساس هـــذا الشرط وتحققه .

وإذا تنازع الضامن والدائن فى يسار المكفول عنه فقال الضامن أنه موسر وقال الدائن أنه معسر فالرأى الراجح عند المالكية أن القول قول الدائن وعلى الضامن أن يقيم البينة على يسار المدين وملاءته وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم ، فيجب بذلك غرمه حتى يثبت ما يسقطه وهو يسار المدين .

وإذا ادعى الكفيل ان الدائن يعرف ملاءة المدين ويسره وانما ينكر ويكابر فيه حلف الدائن على ذلك فإن حلف ألزم الكفيل وللدائن رد اليمين على الكفيل فإن حلف برىء من المطالبة ، وقيل أن القول قول الكفيل عند التنازع فى يسر المدين ويصدق بلا يمين لأن الغالب على الناس الملاءة وعلى الدائن عبء اثبات عسره ، وهذا قول ابن القاسم واختاره بعض المالكية ، وعند عدم اقامة البينة على عسره لا يطالب الضامن لأنه « أى الضامن » مصدق فى يسر المدين ولا يطالب المدين فى هذه الحال لاقرار « الدائن » بعدمه إلا أن يقيم الدائن البينة على عدمه أو يتجدد له مال بعد ذلك فيطالب عندئذ — وفى الواضحة : قال ابن القاسم « ليس على الحميل سبيل حتى يبدأ الدائن بالمدين ، وذلك عند النزاع فى يسار المدين (١) .

وإذا كفل الدين أكثر من واحد فإن كفل به كل واحد منهم بعقد منفرد كان الحكم بالنسبة لكل واحد منهم كالحكم فيما سبق فيكون الدائن قبل كل واحد منهم من الحقوق ما له قبل الكفيل المنفرد الواحد لأن كل واحد كفيل بكل المال فلا يؤثر فى ضمانه أن يضمنه غيره إذ يجوز أن يضمن المال الواحد كثير ، وإلى هـــذا ذهب القانون المدنى أيضاً ، المـــادة ٣٩٢ / ٢ إلا عندما يحتفظون بحق التقسيم بينهم ،

(١) منح الجليل جـ ٣ ص ٢٥٩ وص ٢٦٠ .

وإن كفلوا بالدين بعقد واحد فكذلك الحكم على قول عند الشافعية إذ يعد كل منهم كفيلا بكل الدين ، وفى قول آخــر ينقسم الدين عليهم حسب رؤوسهم لأن الضامن للدين بمجموعهم فصاروا فى ضمانة شركاء وهو ينقسم عليهم فوجب أن ينقسم عليهم ، فإن كانوا ثلاثة طولب كل واحد منهم بثلثه وإن ضمنه إثنان طولب كل واحد منهما بنصفه وهكذا ، وإلى هذا ذهب الحنفية والحنابلة والمالكية أيضاً ، وبه أخذ القانون المدنى ، المادة ٧٩٢ إذا كانوا غير متضامنين فيما بينهم ، غير أن المالكية قد اشترطوا فى ذلك ألا يشترط الدائن حمالة بعضهم عن بعض فإذا اشترط ذلك عليهم كان له أخذ جميع حقوقه من أحدهم إن غاب غيره أو افتقر فصار معدماً ، أما إن حضروا جميعاً أملياء فانه يتبع كل واحد منهم بحصته فقط حسب انقسام الدين عليهم ، وجملة القول فى هذه الصورة إن الأحوال فيها أربع :

١ — أن يتعدد الحملاء وليس بعضهم حميلا عن بعض ولم يشترط الدائن عليهم أخذ أيهم شاء بكل دينه ، وفى هذه الحال لا يؤخذ كل واحد منهم إلا بحصته من الدين إن أعدم المدين مطلقاً أو كان موسراً وهو غائب ، ولا مال له حاضر ، أو له مال حاضر لا يمكن التنفيذ فيه أو كان ذا لدد فى الخصومة .

٢ — أن يتعدد الحملاء وقد ضمن كل واحد منهم صاحبه ولم يشترط عليهم الدائن أخذ أيهم شاء بكل دينه . وفى هذه الحال يؤخذ كل واحد منهم بجميع الدين إن غاب الباقى أو أعدم مع مراعاة غيبة المدين أو إعدامه أيضاً على ما تقدم وإلا أخذ المدين وحده ،

٣ — أن يتعدد الحملاء وقد ضمن كل منهم صاحبه واشترط عليهم الدائن أن يأخذ حقه من أيهم شاء . وفى هذه الحالة يؤخذ كل واحد منهم بجميع الدين ولو كان غيره حاضراً مليئاً — وللغارم فى هاتين الحالتين الثانية والثالثة أن يرجع على أصحابه كما يكون له الرجوع أيضاً على الغريم .

٤ — أن يتعدد الحملاء ولم يضمن بعضهم الآخر ولكن اشترط عليهم الدائن أن يأخذ حقه من أيهم شاء . وفى هذه الحال يؤخذ كل واحد منهم بكل الدين ولو كان غيره حاضراً مليئاً ولكن لا يكون للغارم أن يرجع على أصحابه لأنه ليس ضامناً وإنما يكون له حق الرجوع على المدين فقط(١) .

وعند الشيعة إذا تعدد الضامن فضمن إثنان أو أكثر الدين فى وقت واحد بعقد واحد صح الضمان وانقسم الدين عليهم كما هو الرأى عند غيرهم ، وإن ضمنه كل منهم بعقد صح ضمان الأول منهم فقط لأنه ضمان صادف ذمة مشغولة بدين ولم يصح ضمان من بعده لأن ضمانه صادف ذمة برئت من الدين بالضمان السابق .

وفى القانون المدنى يجوز للدائن أن يطالب كلا من المدين والكفيل ولكن لا يحق له مطالبة الكفيل بالوفاء إذا كانت مطالبة المدين الأصلى ممكنة ، فإذا امتنعت امتنع تبعاً لذلك مطالبة الكفيل ، ولذا كان التأجيل للأصيل تأجيلا للكفيل ، ولكن قد تجوز مطالبة المدين الأصلى ولا تجوز مطالبة الكفيل . وذلك كما إذا كان للكفيل أجل ليس للأصيل كأن كان له هذا الأجل لاشتراطه فى عقد الكفالة أو لغير ذلك من الأسباب لأن التأخير الذى يختص به الكفيل لا يتمتع به الأصيل .

---

(١) منح الجليل ج ٢ ص ٢٦٧ ، والدسوقى ج ٣ ص ٣٤٣ ونهاية المحتاج ج ٤ ص ٤٤٤ والمغنى ج ٥ ص ٩٥ والبحر ج ٦ ص ٢٦٣ وتحرير الأحكام ح ١ ص ٢٢٣ .

وإذا كانت مطالبة الأصيل ممكنة جاز للدائن مطالبة الكفيل إذا لم يكن الدين مؤجلا بالنسبة له على أن تكون بعد مطالبة الأصيل وعجزه عن الوفاء أو معها ، فلا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين الأصيل وذلك بناء على المادة ٧٨٨ / فقرة ١ مدنى إذ تنص على أنه لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين . وهى تدل بمفهومها على أنه يجوز للدائن أن يرجع عليهما معاً ولو لم يسبق ذلك رجوعه على المدين الأصلى. والمراد بالرجوع فيها مخاصمته أمام القضاء ومطالبته بالوفاء وكذلك اشترطت هذه المادة فقرة / ٢ ألا ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريد المدين من أمواله ، ويجب على الكفيل فى هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق — وإذا كان يجب عليه التمسك بهذا الحق ليدفع التنفيذ على أمواله قبل تجريد المدين من أمواله ، جاز التنفيذ على أمواله إذا لم يبد ذلك لاعتباره حينئذ متنازلا عن حقه فى طلب التجريد ، وكذلك تجوز مخاصمته وحده إذا لم يدفع ذلك بوجوب البدء بمخاصمة المدين أو بإشراكه معه فى المخاصمة إذ الخطر عليه فى هذه الحال أقل من الخطر عليه فى الحال السابقة فإذا عد سكوته عن طلب التجريد تنازلا وقبولا لمخاصمته فى هذه الحالة مع ما هو معرض له من خطر حين ذلك ، فأولى أن يعد سكوته فى الحال الثانية قبولا لمخاصمته ، وتنازلا عن حق مخاصمة المدين معه ، وبناء على ذلك فليس يجوز للدائن أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد أن ينفذ على أموال المدين الأصلى ، حتى إذا لم تبق له بقية بعد تجريده منها جميعها نفذ على أموال الكفيل مادام أن الكفيل قد تمسك بحقه فى ذلك . وهذا ما يسمى فى التشريع الوضعى بحق التجريد .

وإذا تعدد الكفلاء الذين كفلوا الدين بعقد واحد ، فقد ذكرنا

أنه لا يلزم كل منهم إلا بحصته من الدين بعد قسمته عليهم ماداموا غير متضامنين ، ولكل منهم حق التجريد بالنسبة لحصته أيضاً ، وعلى ذلك فليس للدائن أن يطالب أيا منهم إلا بحصته وذلك بعد مطالبة المدين أو معها ، وليس له أن ينفذ على أمواله إلا بقدر هذه الحصة وذلك بعد ملاحظة حقه فى طلب التجريد إذا تمسك به إلا إذا كان متضامناً معه فانه حينئذ يحرم من حق التقسيم فينفذ عليه فى أمواله بكل الدين بناء على تضامنه مع المدين ومن كفلة ، كما يحرم كذلك من حق التجريد بناء على هذا التضامن .

ومن هذا يرى أن ما ذهب إليه القانون المدنى يتفق فى روحه وفى بعض شروطه مع مذهب المالكية على الرواية الثانية .

« فيما للكفيل من حقوق » :

ما للكفيل من حق قد يكون له قبل الدائن ، وقد يكون له قبل المدين المكفول عنه ، وقد يكون له قبل كفيل آخر .

فيما للكفيل قبل الدائن من حقوق :

جاء فى الحديث أن الكفيل غارم ، وهذا يدل على أن الكفيل يتحمل بكفالته عبئاً يدعو إلى أن يعطى وسيلة ليتخفف بها منه على وجه لا يضر بالتزامه ولا بحق غيره — وبناء على ذلك أعطى للكفيل الحق فى أن يطلب إلى الدائن المضمون له عندما يفلس الأصيل أن يطلب منه بيع مال الأصيل ليوفى منه دينه أو عما يخصه منه وذلك قبل الرجوع عليه — إن كان للأصيل غرماء آخرون — على أن يدفع للدائن ما يبقى له من دينه قبله إن كان له بعد هذا الوفاء بقية منه .

وثبوت هذا الحق للضامن مشروط بأن يكون الضمان بإذن الأصيل ، أما إذا كان قد ضمن بغير اذنه فلا يحق له هذا الطلب ، لأنه وقد ضمن بغير اذنه وطن نفسه على ألا يرجع على الأصيل بشيء عند قيامه بالوفاء واذن يكون ضياع مايخص الدائن من مال الأصيل إذا ماضاع عليه لايترتب عليه الزامه بشيء لم يوطن نفسه عليه وهذا مذهب الشافعية .

كما ذهبوا أيضاً عندما يكون الضمان بإذن المدين إلى أنه يحق للضامن إذا ما توفى الأصيل قبل الوفاء عن تركة أن يطالب المضمون له بأن يأخذ منها مايفى بدينه أو مايخصه منها عند المزاحمة أو يبرئه ليتجنب بذلك احتمال تلفها وعدم الرجوع فيها اذا ماوفى الدين من ماله . أما اذا لم يكن الضمان بإذن فلا يحق له هذا الطلب كما فى الحال السابق ، وقال بعض الشافعية لو قيل بأن له هذا الحق فى هذين الحالين لم يبعد هذا القول عن الصواب حتى لاينااله ضرر فيهما الا أن يقال بأنه مقصر فى كفالته بدون استئذان المدين الأصيل (١) .

وكذلك ذهب المالكية الى أن للضامن إذا ماطالبه الدائن بالدين أن يدفع طلبه بما يأتى :

أولا — أن يدفع بأن المدين حاضر موسر فلا يحق للدائن مطالبته الا بعد مطالبة المدين ، وظهور عجزه عن الوفاء أو أن الوفاء من ماله متعذر بسبب من الأسباب فإذا تبين أن المدين حاضر موسر ، ولايتعذر الوفاء منه لم يكن للدائن حق مطالبة المدين على أشهر الروايتين عن مالك ، وهى الرواية التى رجع اليها فى آخر حياته كما بينا .

---

(١) راجع نهاية المحتاج ج ٤ ص ٤٤٤ ، ٤٤٥ والمهذب والبحر ج٣ ص ٤٠

ثانيا — أن يدفع بأن للمدين مالا حاضراً يمكن الوفاء منه من غير مشقة . وإن لم يكن المدين حاضراً ، فاذا أثبت ذلك لم يكن للدائن حق مطالبته على هذه الرواية .

كما جعلوا له أيضاً حق الاعتراض على تأجيل الدائن الدين للمدين عند يساره ويكون له فى هذه الحال أن يخير الدائن بين أمرين :

إما ابراؤه من الكفالة وامضاؤه التأجيل ، وإما عدوله عن التأجيل ، وذلك بناء على تلك الرواية أيضاً .

أما عند اعساره فأنه يجب انظاره شرعا،واذن لايحق للضامن الاعتراض على ذلك ، كما لا يحق له الاعتراض أيضاً إذا ما أخر الدائن مدينه عند يساره ، وكان الضامن قد وصله علم ذلك ثم سكت ، وكذلك اذا لم يصل إليه علم ذلك حتى حل الأجل متى حلف الدائن أنه لم يؤخر مدينه قاصداً إبطال الضمان ، أما إذا طلب منه اليمين على ذلك فنكل فان الضمان يسقط ، فلا يطالب الضامن بالدين بعد ذلك ،

وكما جعلوا له حق الاعتراض على التأجيل جعلوا له أن يلزم الدائن بأن يطالب المدين بالدين إذا ما حل أجله خشية أن يموت أو يفلس إذا كان المدين مليئا قادرا على الوفاء ، والا أسقط عند الكفالة . وذلك خشية افلاس المدين بعد ذلك(١) وسواء فى ذلك أن يكون الضامن قد توجهت إليه مطالبة بالدين أم لم تتوجه — والظاهر أن المدين اذا كان قادرا على الوفاء ببعض الدين كان للضامن أن يطلب إلى الدائن مطالبته بما يقدر على الوفاء منه أو يبرئه من الكفالة به لأن بعض الدين يعد دينا مكفولا أيضا ، وقد يطرأ الإعسار على المدين فى ذلك القدر أيضا فينال الضامن ضرر .

---

(١) راجع الشرح الكبير ج ٣ ص ٣٣٨ ، ص ٣٣٩ ، ص ٣٣٨ ، ص ٣٤٠ ، ومنح الجليل ج ٣ ص ١٦٠ .

فيما للكفيل من حق قبل المكفول عنه :

أولا — إذا كانت كفالته بأمر المدين كان له الحق عند الحنفية في أن يطالب المدين بتخليصه من الكفالة إذا ما طالبه الدائن بالدين وذلك بأن يؤدى الدين للدائن كما له الحق فى ملازمته اذا لازمه الدائن وحق المطالبة بحبسه إذا ما طلب الدائن حبسه ، وهذا كله مشروط بألا يكون الكفيل مدينا للمكفول عنه بمثل الدين المكفول به ،فان كان مدينا للمكفول عنه بذلك لم يكن له حق مطالبته بتخليصه من الكفالة ولا حق الطلب فى حبسه ولا حق ملازمته اذ عليه أن يؤدى دين الطالب ، فاذا أدى سقط بذلك ما للمكفول عنه من دين قبله دون أن ينال الكفيل أى ضرر وذلك بطريق المقاصة .

وانما كان له ذلك لأن المدين هو الذى أوقعه فيما صار إليه من عنت من مطالبة الدائن إياه أو ملازمته أو حبسه فكان له بسبب ذلك أن يعامله بمثل ما يعامل به .

وأما اذا كانت الكفالة بغير أمر المدين فليس للكفيل الحق فى شيء من ذلك لأنه متبرع بها وبأداء الدين عن المدين والمتبرع ليس له حق الزام غيره بما التزم به وهذا كله عند الحنفية[1] .

هذا وليس للكفيل أن يطلب إلى الأصيل أن يسلم ما به وفاء الدين اليه ليوصله الى الدائن لأن الوفاء إذا وجب بحلول الدين فانه يجب على الأصيل فى ماله أو على الكفيل فى ماله لا فى مال الأصيل ، ومن أراد الوفاء كان الوفاء من ماله وكان له ولاية دفعه إلى الدائن .

---

(١) راجع الزيلعى وحاشيته الشلبى وعليه ح س ١٥٦ والبدائع ج ٦ ص ١١ .

ولكن يجوز للأصيل اختياراً أن يدفع ما به الوفاء إلى الكفيل ليوصله إلى الدائن قبل أن يقوم الكفيل بالوفاء فإذا دفع الأصيل إلى الكفيل ما به الوفاء ، وكانت الكفالة بأمره ، فهذا على وجهين : أحدهما أن يدفعه إليه على وجه القضاء . الثاني أن يدفعه إليه على وجه الرسالة ، أى ليكون رسولا من قبله فى توصيله إلى الدائن لا باعتبار أنه كفيل مطالب وقد دفع إليه وفاء ، حتى لا يكلف الوفاء من ماله الخاص .

فإذا كان قد دفعه إليه على وجه القضاء عنه فإنه يمتلكه بمجرد قبضه ، ولا يملك المدين استرداده منه بعد ذلك ، وأساس هذا — فيما يرون — أن الكفيل قد صار بالتزامه مطالبا بأداء الدين من ماله واجباً عليه وفاؤه منه — رضى أم أبى كما استوجب أمره بالكفالة أن يكون له حق الرجوع على الأصيل إذا ما قام بالوفاء به وصار بسبب ثبوت هـذا الحق له منذ قيامه بالكفالة كدائن الأصيل بدين مؤجل الى وقت الأداء ، وكان للمدين أن يوفيه قبل أجله شأن كل دين مؤجل ، فإذا أعطى المدين للكفيل ما به وفاء دينه قبل أن يقوم الكفيل بأدائه للدائن فإنه يعتبر كأنه وفى ما عليه للكفيل قبل أجله فيملكه الكفيل بقبضه ، ولا يملك المدين بعد ذلك أن يسترده لذلك ، ويؤيد ذلك ما ذهبوا إليه من أنه يجوز للكفيل أن يأخذ من الأصيل رهنا بهذا الدين المكفول به فيكون لديه إلى أن يخلصه المدين من الكفالة . ومن أن الكفيل إذا أبرأ الأصيل من هذا الدين أو وهبه له قبل أن يدفع الى الدائن شيئاً جاز ذلك ، وترتب عليه أن الكفيل إذا أدى الدين بعد ذلك إلى الدائن لم يرجع على المدين بما أدى غير أن المدين لا يبرأ بالدفع الى الكفيل بالنسبة إلى الدائن بل يستمر الدائن على حقه فى مطالبة كل من الكفيل والمدين بالدين فإذا وفاه الكفيل فقـد برىء وبرىء المدين ، وإذا وفاه المدين قبل أداء الكفيل برىء هو والكفيل من الدين ، وتبين أن ما دفعه إلى الكفيل لم يكن على وجه القضاء بل كان أمانة ، ولذلك كان له عندئذ حق

استرداده . أما قبل ذلك فليس له الحق فى أن يسترده لما ذكرنا . ولأن حق القابض له وهو الكفيل قد تعلق به على احتمال قيامه بقضاء الدين فلا يسترده مادام هذا الاحتمال باقيا ، وذلك كمن عجل الزكاة فدفعها إلى الساعى قبل وقت وجوبها : وكمن اشترى سلعة بشرط الخيار للبائع ونقد الثمن ثم أراد أن يسترده قبل مضى مدة الخيار وقبل أن ينقض البائع العقد إذ ليس لأحدهما ذلك لأن دفع المال كان لغرض وهو أن يصير زكاة فى الحال الأولى عند حلول الوقت . وثمنا فى الحال الثانية بعد مضى مدة الخيار بلا نقض للعقد ، وما دام هذا الاحتمال باقيا فان حق القابض يستمر فلايجوز الاسترداد منه .

الوجه الثانى : أن يدفع المدين الدين للكفيل على وجه الرسالة بأن يقول له خذ هذا المال وادفعه إلى الطالب نيابة عنى ، وفى هذه الحال لا يصير المال المؤدى ملكا للكفيل بل أمانة فى يده ولكن مع ذلك لايكون الأصيل حق استرداده من الكفيل أيضاً لتعلق حق الطالب به وهو وفاء الدين منه . وفى استرداده إبطال لهذا الحق فلا يمكن منه ما لم يقم قبل ذلك بقضاء دينه كما فى المسألة الأولى .

وقد فرعوا على ما تقدم أن الكفيل إذا أتجر فيما دفعه إليه المدين فربح قبل أن يقوم بالوفاء فإن كان الدفع على وجه القضاء طاب له الربح لأنه نماء ملكه فى هذه الحال وليس عليه أن يتصدق به سواء أقام هو بالوفاء بعد ذلك أم قام به المدين ، غير أن أبا حنيفة يرى أنه إذا كان المدفوع مما يتعين بالتعيين كالعروض ،فعليه أن يعطى الربح إلى المدين استحساناً وفى موضع آخر قال : يتصدق به ولا يطيب له ، أما الصاحبان فقـــد ذهبا إلى أن الربح يطيب له مطلقاً .

أما إن كان الدفع على وجه الرسالة فان الربح لا يطيب له على قول

الطرفين لعدم تملكه مادفع إليه ويطيب له عند أبي يوسف إذا كان المدفوع نقوداً لعدم تعيينها بالتعيين(١) .

أما إذا كانت الكفالة بغير أمر المدين فان الدفع إلى الكفيل فى هذه الحال يعد على وجه الرسالة دائماً إذ ليس للكفيل حق قبل المدين حتى يكون الدفع إليه قضاء عن ذلك الحق . وقد بينا حكم هذه الحال .

وذهب الشافعية إلى أن الضامن إذا ضمن من غير إذن المضمون لم يجز له مطالبته بتخليصه لأنه لم يدخل فى ضمان بإذنه فلم يلزمه تخليصه ، وهذا ما ذهب إليه الحنفية .

وإن ضمن بإذنه فطالبه صاحب الحق جاز له مطالبته بأن يخلصه ، لأنه إذا جاز له أن يغرمه إذا غرم جاز له كذلك أن يطالبه بتخليصه إذا طولب ، وهو رأى الحنفية أيضاً ، وإن لم يطالبه الدائن ففيه وجهان :

أحدهما أن يكون له حق مطالبته بتخليصه لأنه شغل ذمته بالدين باذنه فجاز له أن يطالبه بتفريغ ذمته ، كما إذا أعاره عيناً ليرهنها كان له أن يطالب المستعير بتخليصها .

ثانيهما : ليس له ذلك وهو الصحيح فى المذهب لأنه لما لم يكن له أن يغرمه قبل أن يغرم لم يكن له أن يطالبه قبل أن يطالب . وهــذا بخلاف مسألة العارية ، لأن فى العارية ضرراً واقعاً على المعير هو حبس العين ومنعه من التصرف فيها ، ولا عليه فى مجرد شغل ذمته بدين لا يطالب به .

فان دفع المدين مالا إلى الضامن وقال له خذ هذا بدلا عما يجب لك بالقضاء

---

(١) راجع البدائع ج ٦ ص ١٤ والزيلعي ج ٤ ص ١٦١ و ١٦٢ .

ففيه وجهان : أحدهما أن الضامن يملكه بالقبض، وهو مذهب الحنفية ، لأن الرجوع على المدين يتعلق بسببين : الضمان والغرم ، وقد وجد أحدهما فجاز تقديم الوفاء لذلك كاخراج الزكاة قبل حولان الحول وإخراج الكفارة قبل الحنث ، فان قضى عنه الدين استقر ملكه لما قبض ، وإن أبرىء المدين من الدين قبل القضاء وجب عليه رد ما أخذه كما يجب رد ما عجل من الزكاة إذا هلك النصيب قبل حولان الحول .

والثانى - لا يملكه لأنه لم يأخذه بدلا عن واجب وإنما أخذه بدلا عما يجب فى ثانى الحال ، فلا يملكه كما لو دفع إليه شيئاً عن بيع لم يعقده فعلى هذا يجب رده ، فان هلك ضمنه لأنه قبضه على وجه البدل فضمنه لذلك كالمقبوض على سَوْم البيع(١).

وعند مالك للضامن الحق فى مطالبة المضمون بدفع ما عليه من الدين إلى الدائن ليخلص من الضمان ويجبره على ذلك سواء أطالبه الدائن بالدين أم لم يطالبه وذلك عند حلول الدين كما أن له أن يطالب الدائن إذا ما حل أجل الدين أن يخلصه من الضمان إذا ما سكت فلم يطلب من الأصيل الوفاء فيقول له إما أن تطلب حقك من المدين أو تسقط عنى الضمان — كما تقدم. وسواء فى ذلك أن تكون الكفالة باذن المدين أو بدون إذنه إذ للضامن حق الرجوع على المدين فى الحالين عند المالكية كما سيأتى ، وليس للضامن مطالبة المدين بتسليم ما به الوفاء إليه ليوصله إلى الدائن لأن المدين لا يبرأ بالدفع إليه ، غير أنه إذا دفعه إليه فهلك عنده ضمنه للمدين إن كان قد قبضه على وجه الاقتضاء ، واستمر للدائن حقه فى مطالبة المدين — وعلى هذا لو طالبه الكفيل بذلك فدفع اليه ما به الوفاء ثم تلف عنده أو هلك كان ضامناً له سواء أكان هلاكه نتيجة تفريط أم لا — لأنه قد تسلم المال على وجه القضاء . أما إن تسلمه على وجه الرسالة بأن أرسله المدين إلى

---

(١) راجع المهذب ج ١ ص ٣٤٢ ، ٣٤٣ .

الدائن بالدين ليوصله إليه فضاع منه أو تلف من غير تفريط فلا يضمنه لأنه أمين حينئذ . والفرق بين قبضه على وجه القضاء وقبضه على وجه الرسالة أن الدفع على وجه الرسالة يكون بأداء المال اليه من غير مطالبة من الضامن وليس معه اشتراط براءة المدين من الدين ، كذلك يكون فى توكيله فى توصيل المال إلى الدائن وأن يسلمه المال على هذا الوضع .

وجملة القول فى ذلك أن قبض الكفيل المال يكون على خمسة أوجه :

الأول : أن يقبضه على وجه الرسالة ، وفى هذه الحال إذا ما ظل المال قائماً لدى الكفيل يكون الدائن مخيراً إن شاء طالب الكفيل وإن شاء طالب الأصيل فله أن يتبع أيهما شاء دون أن يتقيد فى ذلك بأن يكون قد اشترط ذلك أو بأن يكون الضامن معدماً ونحوه ، فان تلف المال فى يده وكان تلفه من غير تفريط ولا تعد فلا يضمنه الكفيل لأنه أمانة فى يده ، ويبقى عليه الطلب بمقتضى الكفالة حينئذ على ما بينا فى حكمها من البداءة بمطالبة الأصيل أو بتخيير الدائن فى مطالبة أيهما شاء على اختلاف الرواية فى ذلك وإن كان قد فات المال بتفريط من الكفيل أو باتلافه ضمنه للأصيل فان غرمه الكفيل للدائن فلا تراجع بينه وبين الأصيل وإن غرمه للأصيل فان الدائن يبقى على حقه الثابت له بالكفالة قبل كل منهما على ما بينا .

الثانى : أن يقبضه وهو وكيل عن الدائن فى ذلك - والدائن مقر بذلك - وفى هذه الحال يبرأ المدين والكفيل بهذا الدفع لسقوط الدين به وكذلك إذا أنكر الدائن الوكالة ، فقامت عليها الحجة وإلا كان القول قول الموكل وحينئذ يكون الحميل ضامناً لما قبضه .

الثالث : أن يقبضه على وجه الاقتضاء إما بحكم حاكم على وجه يصح القضاء به كما إذا غاب الدائن وحل أجل الدين وخاف الكفيل لعدام المدين

أو حدوث الفلس ، فإن للحاكم حينئذ أن يأمره بقبض الدين ، ولا تبرأ ذمة المدين بذلك بل يكون للدائن إذا حضر مطالبة من شاء منهما سواء أظل المال قائماً لدى الكفيل أو فات ، غير متقيد بشيء كما تقدم ، ويضمنه الكفيل إذا فات بتفريط أو من غير تفريط ويأخذ حكم هذه الحال أيضاً ما إذا طلب الكفيل المدين بالأداء إليه فدفعه إليه بناء على طلبه أو دفعه إليه من غير طلب مشترطاً عليه براءة ذمته بذلك الدفع فالحكم فى هذه الأحوال واحد .

الرابع : اختلافهما فى صفة القبض فيدعى الكفيل أنه كان على وجه الرسالة ويدعى الأصيل أنه كان على وجه الاقتضاء ولا بينة . وفى ذلك قولان أحدهما أن القول قول المدين، وهو قول مالك ، قياساً على قوله فى القرض، وثانيهما أن القول قول القابض ، وهو قول أشهب وغيره ، وهو ظاهر ما فى المدونة ، وسبب هذا الخلاف تعارض أصلين ، أحدهما اتفاقهما على أن المال المقبوض للدافع ولا شيء فيه للقابض ، وقد أقر بقبضه ثم ادعى ما يسقط الضمان عنه ، فلا يقبل ذلك منه إلا بدليل - وثانيهما أن الأصل عندما يجتمع موجب الحظر مع موجب الإباحة أن يغلب موجب الإباحة . وقد ادعى الكفيل قبضاً صحيحاً ، وادعى الأصيل قبضاً فاسداً فوجب أن يكون القول قول القابض وهو الكفيل . لأنه إنما يدعى أمراً مباحاً والأصيل قد ادعى الفساد لأن الكفيل ليس له القبض نيابة عن الدائن .

الخامس : ابهام الأمر وذلك لانعدام القرائن بعد موت كل منهما ، وفى هذه الحال القولان السابقان[١] .

وقال الشيعة الجعفرية إذا كان الضمان بغير إذن المدين لم يكن للضامن

---

(١) راجع منح الجليل جـ ٣ ص ٢٦١ وما بعدها والشرح الكبير للدردير جـ ٣ ص ٣٤٠ .

الحق فى مطالبة المدين بشىء لأنه قد تبرع عنه بأداء الدين وبرئت ذمته بذلك. وأن ضمنه بإذنه كان للضامن حق مطالبته بالدين إذا طالبه الدائن وذهب الشيخ إلى القول بثبوت حق المطالبة له وإن لم يطالبه الدائن إذ له حق الرجوع عليه — وليس للضامن مطلقا مطالبة المدين بتسليم المال إليه قبل أن يقوم هو بالوفاء حتى ولو زعم أنه إنما يريد توصيله إلى الدائن (١) ، وعلى هذا فليس فى مطالبته بالأداء فائدة قبل أداء الضامن إلا إذا كان الغرض منها أن تكون وسيلة إلى أداء الدين إليه اختياراً .

ثانيا — حق الضامن فى الرجوع على المدين :

اجتمعت كلمة الفقهاء على أنه ليس للضامن أن يطلب إلى المدين أن يسلمه ما به وفاء الدين قبل أن يقوم بأدائه إلى الدائن ، أما إذا قام بأدائه إلى الدائن وكان أداؤه إليه بينة التبرع عن المدين وعدم الرجوع لم يكن له حق الرجوع عليه اتفاقا ، وإلا ففى ثبوت حق الرجوع على المدين بما أدى أربعة مذاهب، منها مذهب لا يجعل له حق الرجوع مطلقا ومنها مذهب يجعل له حق الرجوع مطلقا وبين هذين مذهبان وسطان وهاك التفصيل .

المذهب الأول — ذهب أهل الظاهر إلى أن الكفالة تنقل الدين من ذمة المدين إلى ذمة الضامن فيبرأ بها المدين ثم لا يكون للضامن بعد ذلك حق الرجوع عليه مطلقا سواء أكان الضمان بأمر المدين أم بغير أمره لأنه قد التزم بالدين متبرعا فلا يكون له بناء على ذلك حق الرجوع على المدين إلا إذا قال له أد الدين عنى . فإنه يعد بمثل هذه العبارة وما فى معناه مستقرضاً من الضامن ما به وفاء الدين وموكلا إياه فى أدائه إلى الدائن وبناء على ذلك يكون له حق

(١) تحرير الأحكام جـ ٢ ص ٢٢٣ .

الرجوع إذ أدى بحكم القرض لا بحكم الكفالة (١) .

المذهب الثاني : ذهب فريق من الفقهاء إلى أن الكفيل إذا أدى الدين إلى الدائن غير متبرع عن المدين بل بنية أن يرجع عليه كان له حق الرجوع عليه بما أدى على التفصيل الآتي : ذهب المالكية إلى أن الضامن إذا ما قام بأداء ما به وفاء الدين المضمون ثبت له حق الرجوع على الأصيل سواء أكانت الكفالة بإذن المضمون أم بغير إذنه وعندئذ يرجع على الأصيل بمثل ما أدى إذا كان ما أداه الدائن من جنس الدين سواء أكان الدين مثليا أم قيميا فإذا كان الدين خمسة أثواب فأداها الضامن خمسة أثواب من جنسها فإنه يرجع على الأصيل بخمسة أثواب مثلها لا بقيمتها . ذلك لأن الضامن كالمسلف وفى السلف يرجع بالمثل حتى فى المقومات ، ولا يرجع فى هذه الحال بأكثر من الدين كما هو واضح لأن دفع الزيادة إلى المدين يعد ربا أوهبة وفيهما لا رجوع . أما إذا كان الأداء من غير جنس الدين فإنه يرجع بالأقل من الدين وقيمة المقوم الذى دفع كما لو كان الدين خمسة دنانير ودفع الضامن وفاء له خمسة أثواب فإنه يرجع بالأقل من الدين وقيمة الثياب إذا لم يكن ذلك المقوم قد اشتراه الضامن من ماله أما إذا كان قد اشتراه من ماله فإنه يرجع بثمنه مادام أقل من قيمته بشرط ألا يكون فى شرائه محاباة وإلا لم يرجع بما زاد على قيمته وهو مقدار المحاباة بل يضيع عليه مقدارها . -

وإنما ثبت حق الرجوع للضامن إذا أدى لأنه قام بوفاء ما كان واجبا على الأصيل فيرجع بما غرم فى هذه السبيل ويثبت للضامن حق الرجوع إذا ثبت أداؤه بينة أو بإقرار الدائن — أما إذا أنكر الدائن الوفاء وأقر بذلك المضمون ، ولا بينة على الدائن فإن كان الضامن قد أدى فى غيبة المضمون

---

(١) راجع المحلى جـ ٨ ص ١١١ .

فلا رجوع للضامن عليه لتقصيره بترك الإشهاد على الأداء ، ولعدم براءة المدين بذلك أمام الدائن . أما اذا كان الأداء بحضره المضمون فقولان :

أحدهما لا يرجع أيضا لما سبق والثانى يرجع لأن التقصير من المدين من ناحية أنه لم يشهد وكان عليه أن يشهد على الأداء الى الدائن لتبرأ ذمته عند الإنكار من الدائن . والأول أقوى فى المذهب لأن الأداء من الضامن والمال ماله لا مال المدين فالإشهاد حينئذ يكون عليه لا على المدين .

هذا اذا كان الضامن قد أدى من ماله ، أما اذا كان الأداء من مال للمدين بأن كان المدين قد دفعه اليه ليؤديه الى الدائن ثم أنكر الدائن ولا بينة فان كان الدفع فى حضرة المدين فلا يضمنه الضامن ويغرمه المدين ثانيا بعد يمين الدائن، ويظل الدائن على وضعه الذى كان قبل دفع المال الى الضامن ليؤديه الى الدائن فان أعدم المدين أو غاب أخذ الدين من الضامن مرة أخرى لتقصيره بعدم الإشهاد وبقاء كفالته ولا يرجع به على المدين لعلمه بأن ذمته بريئة ولا شىء عليه للدائن — وان كان الدفع فى غيبة المدين ضمنه له لأنه أتلفه بتركه الإشهاد على دفعه ، ويظل الدائن على وضعه بالنسبة اليهما .

واذا أراد الحميل مصالحة الدائن فان فى ذلك خلافا عند المالكية ، قيل لا يجوز مطلقا لما فى جوازه من الزام المدين بما لم يلتزم وقيل يجوز مطلقا فيصالح الحميل الدائن عن الدين بما يجوز للمدين الصلح بما عليه له لأنه فى منزلته وساع فى براءة ذمته فما جاز للغريم أن يدفعه عوضا عما عليه يجوز للحميل أن يدفعه كذلك ومالا فلا مع ملاحظة استثناء مسألتين :

الأولى : الصلح بدنانير عن دراهم أو بدراهم عن دنانير بعد حلول الأجل.

الثانية : الصلح عن طعام مسلم فيه بعد الأجل بأدنى منه أو بأجود منه

فان الصلح في هاتين المسألتين جائز للغريم وليس جائزاً للضامن .

وانما لم يجز للضامن فى المسألة الأولى لما يترتب على قيام الضامن بالصلح فيها من حدوث صرف متأخر بين الضامن والمدين، لأن ذمة المدين مشغولة اما بدنانير واما بدراهم على حسب اختلاف الحال وسيرجع عليه الضامن بصرف ذلك من غير جنسه اذ يرجع عليه بما دفع من دراهم فى مقابل دنانير عليه أو بما دفع من دنانير فى مقابل دراهم عليه وذلك صرف مؤخر عن وقت دفع البدل وهو ممنوع .

ولم يجز فى المسألة الثانية لأن رب الدين وهو المسلم يعد أنه قد باعه للضامن قبل أن يقبضه من المسلم اليه وهو المدين وهو تصرف ممنوع - ذلك لأن الضامن قد تملكه بما دفعه للمسلم قبل أن يقبضه المسلم من المسلم اليه وذلك منهى عنه .

وذهب آخرون الى رأى ثالث هو أن الصلح يجوز اذا كان بمثلى مماثل لجنس الدين . اذ يكون صلحا عن مثل جنسه أو كان بمقوم مماثل لجنس الدين أو مخالف له اذ يكون حينئذ مبادلة بين الدين وبدل الصلح أما اذا وقع بمثلى مخالف لجنس الدين سواء أكان الدين مثليا أو مقوما فلا يجوز لما يترتب على ذلك من غرر بالضامن فيما سيأخذه من المدين . وذلك لتخير المدين فى هذه الحال بين أن يدفع الدين وبين أن يدفع ماأدى عنه فعلا وأصح الأقوال أوسطها وهو القول الثانى .

واذا تم الصلح بين الحميل والدائن رجع الحميل على المدين بالأقل من الدين ومن قيمة المصالح عليه الذى هو بدل الصلح .

واذا وهب الدائن الدين للضامن صحت الهبة ولكن لا تتم الا اذا قبض الضامن الدين فعلا من المدين قبل حدوث المانع من الهبة للواهب وبناء على هذا يكون للضامن مطالبة المدين بالدين لحلوله محل الدائن بالهبة كما يكون له

كذلك مطالبته به إذا توفى الدائن وكان الضامن وارثه الوحيد فان الدين ينتقل اليه ميراثا ويطالب المدين وفى الحالين تنتهى الكفالة .

وإذا كان الدين المضمون مؤجلا على المدين وضامنه ثم حل بالنسبة إلى أحدهما بحلول الأجل بالنسبة له لم يحل الدين على الآخر منهما ما دام أجله باقياً . كما يحل أيضاً بالنسبة إلى أحدهما بموته أو فلسه قبل حلول أجله وعندئذ يؤخذ الدين من تركته ولا يمنع من استيفائه من تركة الضامن إذا ما توفى أو فلس مع حضور المدين ملياً .

وجملة القول أن الضامن إذا مات أو أفلس قبل حلول أجل الدين خير الدائن بين أن يصبر إلى أن يحل الأجل ويتبع المدين وبين أن يتعجل الوفاء ويأخذ الدين من تركة الضامن. فاذا تعجل لم يكن لورثة الضامن أن يرجعوا على المدين بما دفعوا عنه من تركة مورثهم فى حال الموت كما لم يكن للضامن فى حالة الفلس أن يرجع بما أخذ الدائن من ماله إلا بعد حلول الأجل بالنسبة للمدين أو بعد موته . وإذا كانت وفاة الضامن أو فلسه عند حلول الأجل بالنسبة للمدين لم يكن للدائن طلب فى مال الضامن اذا كان المدين حاضراً مليئاً والا كان له حق الطلب كما تقدم(١) .

وذهب الحنابلة إلى أن الضامن إذا أدى الدين عن المدين بنية الرجوع عليه كان تحت ذلك أربعة أحوال .

الحالة الأولى : أن يكون الضامن قد ضمن المدين باذن المدين ثم أوفاه كذلك باذنه وفى هذه الحال يرجع عليه سواء قال له المدين اضمن هذا الدين

---

(١) الخرشى ج ٥ ص ٣١ والشرح الكبير للدردير والدسوقى عليه ج ٣ ص ٣٣٧ وما بعدها .

عنى وأده عنى أو أطلق فلم يقل له إلا مايفيد إذنه بالضمان والأداء دون أن يقول له افعل ذلك عنى — وإلى هذا ذهب مالك كما تقدم وهو مذهب : أبى يوسف من الحنفية .

الحال الثانية : أن يكون الضامن قد ضمن بإذن المدين ولكنه قد أداه بدون إذنه وفى هذه الحال يكون له حق الرجوع على المدين أيضاً وهومذهب مالك كما تقدم ورواية عن الشافعى وفى رواية أخرى عنه أنه لايرجع عليه فى هذه الحال إلا إذا كان قد تعذر الأداء على المدين فأدى الضامن بناءعلى ذلك. أما إذا كان للمدين مال ثم أدى فانه يكون متبرعا بالأداء فلا يرجع — ويرى الحنابلة والمالكية أن إذن الضامن فى الضمان يعد إذنا له فى الأداء عرفا فكان له بسبب ذلك حق الرجوع ولا يعد متبرعا .

الحال الثالثة : أن يكون الضامن قد ضمن الدين بدون إذن من المدين ثم أداه كذلك بدون إذنه وفى هذه الحال له أن يرجع على المدين أيضاً وهو مذهب مالك ، وقال الشافعى وأبو حنيفة لا يرجع ، وهى أيضاً رواية عن أحمد ومذهب ابن المنذر ، ووجه هذه الرواية حديث أبى قتادة إذ أنه لو كان للضامن الرجوع على المدين بمجرد ضمانه من غير اذنه مابرئت ذمة الميت بضمان أبى قتادة ولم يصل النبى صلى الله عليه وسلم على المتوفى لشغل ذمته عندئذ بدين لأبى قتادة إذا ما أدى عنه ولكن النبى صلى الله عليه وسلم صلى عليه قبل الأداء فدل بذلك على براءة ذمته . وقد ضمن أبو قتادة دينا بلا اذنه . ووجه الرواية الأولى ان قضاء الضامن فى هذه الحال قضاء مبرىء عن دين واجب على المدين فكان ضمان هذا الأداء عليه إذ قيام الانسان بقضاء ماهو واجب على غيره يستلزم حق رجوعه عليه مادام لم يكن متبرعا كما هو ظاهر من واقعة الحال لعلمه بأن الميت قد توفى ولم يترك شيئاً .

الحال الرابعة : أن يكون الضامن قد ضمن بدون إذن المدين ، ولكنه أدى الدين بإذنه وفى هذه الحال فللضامن حق الرجوع أيضاً ، لأن أذنه بالقضاء دل على إرادة قيامه عنه فيه ، وخالف فى ذلك الشافعى .

ويرى الحنابلة أن الضامن إذا ماأدى إلى الدائن مابه برئت ذمة المدين بالنسبة إلى الدائن فانما يرجع بأقل المبلغين : مقدار الدين ، وقيمة مادفعه ، لأن الدين إذا كان أقل مما دفع كان الضامن متبرعا بالزيادة وهى غير واجبة على المدين ، وإن كان الدين أكثر فان الضامن لم يغرم فى هذا السبيل إلا مادفع فلا يرجع بأكثر منه . ولهذا لم يكن للضامن أن يرجع بشىء إذا ماأبرأ الدائن الضامن لأنه لم يغرم شيئا . وإذا أدى الضامن الدين المؤجل قبل أجله لم يرجع به على المدين قبل أجله ، وإذا أحال الضامن الدائن على ثالث كان ذلك بمنزلة أداء مابه الوفاء اليه فيرجع الضامن على المدين بالأقل مما أحال به ومن قدر الدين ، سواء استولى الدائن من المحال عليه أو أبرأه أو تعذر عليه الاستيفاء منه لفلس أو مطل لأن الحوالة كالاقباض مبرئة لذمة المدين على ماسيأتى بيانه فى الحوالة عند الحنابلة(١) .

المذهب الثالث : ذهب الشافعية إلى أن الضامن إذا أدى ولم يكن ناويا التبرع عن المدين كان له حق الرجوع على الأصيل إذا كان الأصيل قد أذنه فى الضمان وفى الأداء فان لم يأذنه فيهما أو أذنه فى الأداء لا فى الضمان لم يكن له حق الرجوع وذلك لتبرعه عند عدم الإذن بهما ولأنه عند الاذن فى الأداء فقط قد أدى بناء على ضمانه الذى تبرع به فيكون متبرعا به أيضاً ولذا إذا أذنه فى الأداء فقط مشترطا عليه الرجوع كان له حق الرجوع وسواء فى ذلك أن يكون ضمانه بعد اذنه فى الأداء أم قبل إذنه به . أما إذا أذنه فى

---

(١) المغنى جـ ٥ ص ٨٦ وما بعدها

الضمان ثم أدى دون أن يأذنه فى الأداءفان له حينئذ حق الرجوع على الأصيل فى الأصح لأن الضمان هو الأصل فالاذن فيه إذن فيما يترتب عليه شرعا فيرجع لذلك إذ يعد حينئذ مأذونا فيهما وقيل لا يرجع لجواز أنه قد أدى متبرعا .

ومما يجب أن يلاحظ أن المراد بالاذن هنا هو إذن من يملك أن يوفى دينه بنفسه فليس يعتبر اذن المجنون والمعتوه والصبى الذى لا يملك التصرف فى ماله ، واذا ثبت له حق الرجوع فانما يرجع بما غرم لا بما لم يغرم فيرجع بالدين ان أداه ويرجع بما أدى ان أدى بعضه وأسقط الدائن الباقى ويرجع بالأقل مما أدى ومن الدين ان صالح عن الدين بخلاف جنسه (١) .

واذا أحال الدائن دائنا له على الضامن كان ذلك بمنزلة القبض من الضامن المحال عليه لبراءة ذمته بهذه الحوالة فيرجع الضامن بسبب ذلك على الأصيل متى كانت الكفالة بالاذن وان لم يؤد للدائن شيئا وهذا اذا لم يبرئه المحتال فان أبرأه لم يرجع بشىء لأنه لم يغرم شيئا ، ورجح البلقينى إن له حق الرجوع وان لم يغرم شيئا . ذلك لأن الحق ثبت له بمجرد الحوالة فلا يسقط ببراءته من قبـــل شخص آخر غير الدائن ولكن المعتمد الأول ومثل ذلك فى الحكم ما لو وهب الدائن الدين للضامن فانه لا يرجع فى هذه الحال على الأصيل لأنه لم يغرم شيئا وهذا بخلاف مالو قبضه منه ثم وهبه له ثانية فانه يرجع — واذا ورث الضامن الدين بأن كان وارث — الدائن رجع به على المدين لحلوله بالميراث محل الدائن .

واذا ادعى الضامن أنه أدى الدين فكذبه الدائن وصدقه المدين لم يرجع على المدين فى الأصح لعدم انتفاعه بأدائه اذ مطالبة الدائن له باقية وقيل يرجع لاعترافه بأنه أبرأ ذمته أما اذا صدقه الدائن فان له حق الرجوع وان كذبه المدين لبراءة ذمته .

---

(١) نهاية المحتاج وحاشية ج ٤ ص ٤٤٦ وما بعدها .

المذهب الرابع : أن الكفيل لايكون له حق الرجوع على الأصيل إذا أدى عنه الدين إلا إذا كانت الكفالة بأمره وإلى هذا ذهب الحنفية والزيدية والشيعة الجعفرية .

فقد ذهب الزيدية إلى إعطاء حق الرجوع على الآمر لكل من دفع مالا إلى آخر بناء على أمر من غيره سواء أكان كفيلا أم رسولا وسواء أكانت الكفالة صحيحة أم غير صحيحة ، وكذلك جعلوا للكفيل حق الرجوع على المدين إذا أمره المدين بالضمان وأوفى الدين بلا أمره .

وذهب الشيعة الجعفرية إلى أن الضمان إذا كان بإذن الأصيل كان للضامن الرجوع عليه إذا أدى سواء أذنه بالأداء إلى الدائن أم لم يأذنه ، ولا يشترط فى ذلك تعذر الرجوع على الأصيل . وإذا ضمن بغير إذن الأصيل لم يرجع سواء أدى بإذنه أم بغير إذنه(١) . وإذا رجع الضامن رجع بأقل المبلغين . قدر الدين وما دفعه للدائن أو قيمته .

وإذا أحال الضامن الدائن على آخر كان ذلك بمنزلة أدائه الدين إليه فيكون له حينئذ حق الرجوع على من كان مدينا وهو الأصيل متى كان الضمان بإذنه ولكن إذا أبرأ الدائن الضامن من الدين لم يكن له حق الرجوع على الأصيل وإذا أبرأ الدائن من أحيل عليه أو تعذر عليه أن يستوفى منه لفلسه أو مطله لم يمنع ذلك الضامن من أن يرجع على الأصيل . وذلك لما قلنا من أن مجرد الإحالة بمنزلة أدائه الدين وكذلك ذهبوا إلى أن له أن يرجع على المدين إذا أمر من جهة المدين بالوفاء وثبت له حق الرجوع عليه وإذا صالح عن الدين فى هذه الحال ببدل وكان البدل من غير جنسه فإنه يرجع بأقل المبلغين الدين وبدل الصلح .

---

(١) المنتزع جـ ٤ ص ٢٧٠ وما بعدها وتحرير الأحكام جـ ١ ص ٢٢٧ وما بعدها .

وذهب الحنفية إلى أن رجوع الضامن على المدين بعد قيامه بأداء ما به وفاء الدين مقيد بأمور ثلاثة :

أولها — أن يكون الضمان بأمر المدين مع ملاحظة أن يكون أمره معتبرا وذلك بأن يكون من مدين له حق الايفاء . فإذا كان المدين صبياً مميزاً أو محجورا عليه لعته أو سفه فلا اعتداد بأمره . أما إذا كان الصبي مأذونا له فى التجارة فأمره بالضمان معتبر .

ثانيهما — أن يتضمن كلام المدين مايدل على أمر الضامن بأن يقوم بذلك عنه . كأن تقول له أذنتك بضمان هـــذا الدين الذى فى ذمتى عنى أو أضمنه وأده عنى أو نحو ذلك . فإذا قال له : اضمن الدين الذى لفلان فى ذمتى — ولم يقل عنى أو نحوه — لم يكن له بذلك الأمر حق الرجوع عليه عند الأداء ، لأن الذى صـــدر من المدين مجرد الأمر بالضمان لا الإعطاء وهو محتمل لأن يكون القصد منه أن يرجع عليه إذ أدى ، ولأن يكون القصد منه طلب تبرعه بذلك فلا يلزم المدين مع هذا الاحتمال وهذا عند أبى حنيفة ومحمد بدليل ما فى إشارات الأسرار : إذا قال مدين لرجل أضمن لفلان ألف درهم أو أقضه ألف درهم ففعل لم يرجع على الآمر إلا إذا كان المأمور خليطا أو شريكا — وذلك لما يكون بين الآمر والمأمور فى هذه الحال عادة من المعاملة أو المداينة والأخذ والإعطاء مما يجعل مثل هذا الأمر دالا عرفا على الإنابة فى هذا الحال .

وقال أبو يوسف يرجع مطلقاً لأن الأداء وجد بناء على الأمر بالضمان فلا بد من اعتبار هذا الأمر فيه ، واعتباره يقتضى أن يكون نائباً عنه فى الأداء مطلقاً .

ويرى الطرفان أن الأمر بالضمان يتضمن طلب إقراض وذلك أساس ثبوت حق الرجوع للضامن. ولا يتضمن الأمر بالضمان هذا الطلب إلا إذا

تضمن مايدل على الإنابة كلفظ « عنى » فلابد من اعتبار ذلك فيه .

وقد أورد على ذلك ما إذا قال شخص لآخر أدِّ عنى زكاة مالى أو أطعم عنى عشرة مساكين فإنه إذا أدى عنه لا يرجع عليه مع تضمن الأمر لفظ « عنى » ولا يرجع فى مثل هـذه الحال إلا إذا اشترط الضمان بأن قال له : على أنى ضامن فلماذا اشترط فى مثل ذلك النص على الضمان واكتفى فى الكفالة بذكر لفظ عنى مع أن ذكرها فى مثل هـذه الصور لم يفـد حق الرجوع . وأجاب شيخ الإسلام فى مبسوطه بأن الآمر قد طلب من المأمور التمليك فى الصور كلها بمقتضى أمره . لأنه أمره فيها أن يؤدى عنه وأن يكون قاضيا عنه وان يكون كذلك إلا بعد أن يصير المؤدى ملكا للآمر . إذ لا يؤدى عنه ما ليس له . ولن يكون المؤدى ملكا للآمر بأدائه فعلا للدائن أو لمن أمر بالأداء إليـه . فلا يمتلك شيئاً قبل الأداء ، وإذا كان الأمر كذلك فتملك الآمر انما يثبت له فى ضمن ملك القابض إذ لا يثبت الملك كاملا لكل منهما إلا فى وقت واحد وإذ أثبت فى ضمنه اقتضاء له ثبت على وقفه ومثاله فإذا كان الملك الثابت للقابض ملكا مضمونا بالمثل ثبت للآمر مثل ذلك وإذا كان ملكا غير مضمون بالمثل ثبت للآمر كذلك ملك مماثل لذلك .وفى قضاء الدين يثبت للدائن ملك مضمون بالمثل لأنه تملكه بالدين السابق ولذا لو ظهر أن لادين استرد منه ماقبض وعلى ذلك يثبت للآمر ملك مضمون بالمثل وليس ذلك إلا القرض وكان له بسبب ذلك حق الرجوع فى هذه الحال. وفى باب الزكاة والكفارة يثبت للقابض ملك غير مضمون بالمثل وهو الملك على وجه الصلة ولهذا لو ظهر أن لا زكاة على الآمر لا يسترد من الفقير ماقبض فيثبت للآمر ملك مماثل لذلك . وهو ملك لاضمان فيه فلا يكون له حق الرجوع إلا بالشرط . وعلى ذلك يكون الأمر فى الكفالة متضمنا طلب قرض إذا تضمن لفظ « عنى » وفى الزكاة والكفارات ولا يتضمن طلب اتهاب ولو تضمن لفظ « عنى » ه من الفتح جـ ٥ ص ٤٠٨ .

وقد يكون الأمر بالضمان أو الكفالة للكفيل ثابتاً حكما كما إذا كفل الأب ابنه الصغير لزوجته فى مهرها فإن له حق الرجوع فى ماله إذا أدى عنه . لأنه ولى عليه والآمر فى مثل هذه الحالة إليه فصارت كفالته كأنها قد صدرت من أجنبى بناء على أمره وبذلك ثبت له حق الرجوع فى مال الصغير .

وبناء على ما تقدم إذا كانت الكفالة بغير أمر المدين لم يرجع الكفيل بالدين إذا أداه عنه خلافاً لمالك واحمد لأنه يعد متبرعاً فى أدائه وإذا كانت بأمره ولم يتضمن الأمر ما يدل على النيابة رجع عند أبى يوسف خلافاً للطرفين .

هذا . ويلاحظ عند الرجوع على الأصيل ألا يكون الكفيل مديناً له وإلا كان هناك مقاصة بين الدائنين وعند ذلك لا يرجع إلا بزيادة ما أدى إذا كانت هناك زيادة على ما فى ذمته من دين للأصيل .

ثالثهما : أن يكون أداء الكفيل قد ترتب عليه إبراء ذمة الأصيل فإذا لم يترتب عليه ذلك لم يكن له حق الرجوع ذلك لأن حق الرجوع قد ثبت على أساس أن الضامن قد حل محل الدائن فى الدين بناء على أنه مأمور بأدائه كما تقدم . فإذا لم يترتب على أدائه سقوط الدين لم يحل محله فيه وعلى ذلك إذا قام المدين بالأداء قبل أداء الكفيل ولم يعلم بذلك الكفيل فأدى الكفيل الدين بعد أداء الأصيل إلى الدائن وقبضه منه الدائن ولم يعلمه بما فعل الأصيل لم يكن له حق الرجوع على المدين بما أدى وإنما يسترد ما دفعه ممن دفعه إليه شلبى ج ٤ ص ١٥٣ . أقول ومثل ذلك فى الحكم على ما يظهر لى ما إذا بطل الدين المضمون بسبب طارىء فأداه الكفيل بعد ذلك دون أن يعلم بسقوطه فانه فى هذه الحال لا يرجع على من كان مديناً به وإنما يسترد ما أدى ممن دفعه إليه . وإذا كان له حق الرجوع فرجع على المدين فان وفى

الدين بمثله من جنسه رجع بما أدى ، وأساس ذلك عند الحنفية أن الكفيل فى حال أمره بالضمان وقيامه بالوفاء بناء على هذا الضمان يتملك الدين بذلك الوفاء ، فاذا أداه من جنسه حل محل الدائن فيه . وإذا كان ما أداه أقل من الدين فانه يتملك بقدر ما أدى فقط ، أما الباقى فيسقط لتنازل الدائن عنه ، ولا يجوز هنا أن يتملكه الضامن كله فى نظير ما أدى تجنباً للربا بسبب اختلاف القدر مع اتحاد الجنس ، أما إذا وفاه بجنسه مساوياً أو وفاه بغير جنسه مطلقاً أو تصالح معه ففى كل هـذه الأحوال يتملكه الضامن كله فيرجع على المدين بما ضمن وهو قدر الدين ومن ذلك ما إذا كان الدين من النقود الجياد فأداه زيوفاً أو بالعكس ومثل ذلك فى الحكم ما إذا وهب الدائن للضامن أو كان الضامن وارثاً للدائن فورث عنه ففى كل هذه الأحوال يرجع بما ضمن وهو الدين عند الحنفية .

فيما بين الكفلاء بعضهم مع بعض :

إذا لم يكن أحدهما كفيلا عن الآخر بأن كانوا جميعاً كفلاء عن مدين واحد فلا صـلة بينهم بعضهم مع بعض ، وقدمنا حكم ذلك وبينا صلتهم بالدائن وكيف يطالبهم عند الأداء .

أما صلتهم بالمدين فهى لا تختلف عن صلة الكفيل بالمدين عند عدم التعدد فلكل منهم بالنسبة إليه ما يكون للكفيل من حق قبل المدين . غير أنه يلاحظ أن الكفالة كما قدمنا يترتب عليها انتقال الدين من ذمة المدين إلى ذمة الكفيل عند أهل الظاهر والشيعة الجعفرية وعلى ذلك لا يتصور تعدد الكفلاء لدين واحد إلا إذا كان كفالتهم جميعاً بعقد واحد أما إذا حدثت كفالة المدين بعقود متعددة فان ذمته تبرأ من الدين بناء على كفالة الأول وعلى ذلك لا يلاقى العقد الثانى محلا فيصح العقد الأول دون ما تلاه من العقود — وإذا نشأ العقدان معاً بأن صدر عقد الضامن ممن وكل فيه

عن آخر عنه وعن نفسه فقال مثلا — ضمنت هذا الدين بصفتى أصيلا ووكيلا عن فلان ففى حكم ذلك تردد بين بطلان العقدين لحدوث ضمان كل منهما حال ضمان الآخر وبعبارة أخرى حال براءة ذمة المدين بالضمان ، وبين تصحيح أحد العقدين بالاقتراع بينهما وبين تنصيف الدين بينهما — أما إذا ضمن إثنان فأكثر ديناً واحداً على التجزئة بأن ضمن كل جزءاً منه غير ما ضمنه الآخر فذلك صحيح وليس فيه اشكال(١) .

أما إذا تعدد الكفلاء وكان بعضهم كفيلا للآخر ، فتحت ذلك صورتان :

الصورة الأولى — أن يكون أحد الكفيلين كفيلا للآخر بما كفل به دون أن يكون كفيلا للأصيل ثم يكفل ثالث ثانيهم ورابع ثالثهم ، وهذه هى مسألة كفالة الكفيل .

الصورة الثانية — أن يتعدد الكفلاء بدين واحد عندمن لا يرى براءة ذمة المدين بالضمان ثم يكفل بعضهم بعضا فيما كفل به .

حكم الصورة الأولى ، وهى كفالة الكفيل :

يجوز أن يكفل الكفيل فيما كفل به شخص ثالث ، وذلك محل اتفاق بين الأئمة وتسمى هذه المسألة عند الشيعة الجعفرية بمسألة ترامى الضمان — وعند ذلك يتحول الحق عندهم من ذمة المدين إلى ذمة الضامن الأول ثم من ذمة الضامن الأول إلى ذمة الضامن الثانى وهكذا ، وفى هذه الحال إذا أدى الدين الضامن « الأخير » رجع على من ضمنه هذا الضامن لا على من هو قبله وهكذا إلى أن يرجع بالمؤدى على الأصيل أى

---

(١) تحرير الأحكام جـ ١ ص ٢٢٣ .

ليس للفرع مطالبة السابق على أصله وإن تعذر الاستيفاء من الأصيل وإذا أبرأ الدائن أول ضامنهم برىء الجميع كما يبرأ الجميع أمام الدائن بأداء أى واحد منهم — ويجوز للمضمون أن يضمن ضامنه فيما ضمنه به وعند ذلك يتحول الحق إلى ذمته ومنع الشيخ ذلك حتى لا يصير الفرع وهو الضامن أصلا(١) .

وعند الحنفية — يكون ضامن الضامن ملتزماً بما التزم به الضامن فيطالبه الدائن بالوفاء كما يطالب الأصيل وضامنه ولا يعتبر ضامناً للأصيل وإنما يعتبر عندهم ضامناً للكفيل فيحق له الرجوع عليه إذا أدى إذا كانت الكفالة بأمره .

وعند مالك رحمه الله إذا ضمن الضامن ثالث صح ذلك وعندئذ يبدأ بمطالبة المدين إن كان حاضراً مليئاً وإلا فالضامن الأول إن كان كذلك حاضراً مليئاً وإلا فالثانى وهكذا .

وعند الحنابلة — إذا ضمن الضامن ثالث فقضى أحدهم الدين برئوا جميعاً فإن كان القضاء من الأصيل فالأمر ظاهر وإن كان من الضامن الأول رجع على الأصيل على ما تقدم ولا يرجع على ضامنه . وإن كان من الضامن الثانى رجع على الضامن الأول ثم رجع الأول على الأصيل وهذا مع ملاحظة ما قدمناه من أحكام الرجوع وشروطه عند الحنابلة وما لهم فى ذلك من روايات ذكرناها .

وعند الشافعية — يجوز أن يضمن الضامن ثالث لأنه يضمن ديناً لازماً ثابتاً فى الذمة فكان جائزاً كضمان الضامن الأول ولكن إذا ضمن الأصيل

---

(١) المغنى ج ٥ ص ٩١ والدسوقى ج ٢ ص ٣٣٢ .

ضامنه لم يجز لأن الأصيل أصل والضامن فرع وتابع فلا يجوز أن ينقلب الأصل تابعاً ولأنه بذلك يضمن ما فى ذمته فكان ضامناً لنفسه وإلى هذا ذهب الحنفية والحنابلة أيضاً(١) .

حكم الصورة الثانية — إذا كفل عدد من الكفلاء بدين ثم كفل كل منهم الآخر بما هو كفيل به لم يصح ذلك عند الحنابلة فى المغنى لابن قدامة — ويجوز أن يضمن الحق عن المدين اثنان أو أكثر فإن ضمن كل واحد منهم جميع الحق برئوا جميعاً بأداء بعضهم كما يبرئون جميعاً بإبراء الدائن المدين لأنهم فروع له وإذا أبرأ الدائن أحد الضمان برىء وحده . وإذا ضمن أحدهم صاحبه لم يجز ضمانه لأن الحق ثبت فى ذمته بضمانه الأصيل فلا يثبت مرة أخرى بضمان آخر إذ تحصيل الحاصل غير متصور . وعلى هذا فليس عند الحنابلة صلة بين الكفلاء بعضهم مع بعض عندما يكون كل منهم كفيلا للدين إذ لا تصح كفالة أحدهم للآخر عند ذلك .

وأجاز ذلك الحنفية والمالكية — وقد ذكرنا فيما مضى رأى المالكية فى ذلك وأنه يؤخذ كل واحد منهم بجميع الدين إذا غاب المدين وباقى الحملاء أو أعدموا ما لم يشترط عليهم الدائن أن يأخذهم أيهم شاء بالدين فعند ذلك يكون له حق أخذ دينه من أيهم شاء ولو كان باقى الحملاء حاضرين موسرين وللغارم أن يرجع على الغرماء والمدين عند ذلك وهذا إذا تحملوا الدين دفعة واحدة أما إذا تحملوا الدين على دفعات بأن ضمن الدين كفيل بعد كفيل ولو بلحظة فان الدائن يأخذ جميع دينه ممن شاء منهم ولو كان الباقى حاضراً مليئاً سواء شرط حمالة بعضهم عن بعض أم لا وسواء أكان أحدهم على علم بحالة غيره أم لا ، مادام أن المدين غائب أو معدم ، أما إذا

---

(١) المهذب ج ١ ص ٣٤٢ والمغني ج ٥ ص ٨٥ .

كان حاضرا مليئا فليس له حينئذ إلا أخذ الدين منه أولا إلا أن يشترط أن يأخذ من شاء بالدين أصيلا أو كفيلا [١]

وعند الحنفية — إذا كفل أناس متعددون بدين لشخص على التعاقب ثم كفل بعضهم بعضا فما أداه أحدهم بناء على أمر المكفول عنه يرجع به عليه إن شاء وعليه يرجع على المدين بما أدى ان كانت الكفالة بأمره إن شاء وان شاء رجع على أصحابه بما يخصهم من المؤدى بعد قسمته على رؤوس الكفلاء جميعا فيرجع بنصفه إن كانوا إثنين وبثلثه على كل من صاحبيه إن كانوا جميعا ثلاثة وهكذا إذا كانت الكفالة بأمرهم لأن حق المطالبة بكل المال قد لزم كل واحد منهم بالأصالة عن نفسه وبكفالته عمن كفله فكان الجميع متساويين فى الالتزام . وهذا بخلاف ما إذا كان هناك كفيلان كل منهما بنصف الدين ثم كفل أحدهما صاحبه فان مايدفعه أحدهما من الدين إنما يرجع به عند أمره بالكفالة على الأصيل وإذا رجع صاحبه فانما يرجع عليه بما زاد على نصف الدين ولا يقبل قوله فيه أنه أداه عن صاحبه لا عن نفسه لأن مالزمه أصالة أولى بالأداء مما لزمه بالكفالة عن الكفيل فيتقدم عليه فى الأداء بخلاف مازاد على ذلك فانه ينصرف إلى الأداء عن الكفيل الآخر . كذلك الحكم إذا قال عند الأداء إنما أؤدى عن صاحبى فلا يقبل منه ذلك حتى يؤدى كل مالزمه بكفالته الأولى .

وإذا كان الدين على اثنين مثلا كل منهما مدين بنصفه ثم كفل كل منهما صاحبه فيما يؤديه أحدهما لايرجع به على الآخر حتى يؤدى مالزمه فى ذمته أصالة ومازاد على ذلك إن شاء رجع به على المدين صاحبه إذا كانت الكفالة بأمره وإذن يكون الحكم فى هذه المسألة كالحكم فى سابقتها عند الحنفية وعلى ذلك لايقبل عندهم ممن يؤدى أولا منهما أن يقول إنما دفعت عن صاحبى

---

(١) الشرح الكبير والدسوقى عليه جـ٣ ص ٣٤٣

باعتبارى ضامنا عنه لاعن نفسى حتى ولو قال ذلك عند الأداء ويجب صرف مايدفعه إلى ماهو عليه أصالة حتى إذا إنتهى منه كان مايزيد مؤدى عن صاحبه.

وذهب الحنابلة إلى خلاف ذلك فقالوا إذا قال عند الأداء إنما أدفع عن صاحبي أو أقام البينة على ذلك قبل ذلك منه ولو لم يكن قد أدى مايخصه من الدين لأن الوفاء ينصرف إلى مافى ذمته مطلقا فيكون له حق التعيين إذ المعتبر عند الوفاء نية الموفى التى دل عليها بعبارته .

إنقضاء الكفالة بالدين :

إنقضاء الكفالة قد يكون نتيجة لانقضاء الالتزام الأصيل وانتهائه لأن التزام الكفيل تابع لالتزام الاصيل فاذا سقط الأصل سقط التبع ضرورة وقد يكون إنقضاؤها بصفة أصلية فينتهى التزام الكفيل مع بقاء التزام الأصيل. إذ لايلزم من انتهاء الالتزام التابع انتهاء الالتزام الأصلى وعلى ذلك يكون لانقضاء الكفالة حالان :

الأولى : إنقضاؤها تبعا لانتهاء التزام الأصيل .

ثانيهما : إنقضاؤها بسبب لايمس التزام الأصيل وبقاءه . ففى الحالة الأولى تنقضى الكفالة إذا ماانتهى التزام الأصيل بسبب من الأسباب المنهية لالتزامه لأنها إنما نشأت ووجدت توثيقا لالتزام الأصيل فاذا انتهى لم يكن محل لتوثيقه اذ لايتصور توثيق المعدوم وعلى ذلك تنتهى الكفالة فى الأحوال الآتية :

١ - أداء الدين - اذا وفى الدين ترتب على هذا الوفاء براءة ذمة المدين وتبع ذلك حتميا انتهاء الكفالة ، واذا وفى بعضه برئت ذمة المدين بما أدى وتبع ذلك انتهاء الكفالة به وبقيت ذمة المدين مشغولة بباقيه كما تبقى الكفالة بهذا الباقى وسواء فى ذلك أن يقوم بالوفاء الأصيل أو أجنبى متبرع أو مأمور بالوفاء - وكذلك الحكم اذا قام بذلك الوفاء الكفيل فان ذمة الأصيل تبرأ بوفائه ويتبع ذلك انقضاء كفالته بما أدي وتحول بذلك الي دائن للأصيل

عند المالكية والحنابلة مطلقا على مابينا وكذلك فى حالة ما اذا كانت الكفالة بأمره عند الحنفية والزيدية وفى حالة ماذا كانت الكفالة والأداء كلاهما بأمره عند الشافعية ، أما عند الشيعة الجعفرية فان أداء الكفيل لايترتب عليه براءة ذمة الأصيل لأنها قد برئت بالكفالة من قبل وكذلك الحكم عند أهل الظاهر ومن ذهب مذهبهم - ولكن يجوز للكفيل أن يرجع على الأصيل بما أدى عند الشيعة اذا كان الضمان بأمر المدين كما يجوز ذلك للأجنبى اذا أدى الدين بأمر المدين ولايجوز لهما الرجوع اذا ماكان الأداء بغير أمر المدين لاعتبار الأداء حينئذ تبرعا وهو مذهب الحنفية والزيدية خلافا للمالكية والحنابلة كما تقدم .

المصالحة عن الدين — قد يصالح المدين الدائن عن الدين وقد يصالحه الكفيل . فإذا صالحه المدين برئت ذمته من الدين بناء على هذا الصلح سواء صالحه على بدل ليس من جنس الدين أم على بعض الدين . فإذا كانت المصالحة على ماليس من جنس الدين كانت معارضة بين المدين والدائن ، اقتضت براءة ذمة المدين من الدين نتيجة أن الدائن قد تملك به مالا للمدين هو بدل الصلح ، واذا برئت ذمة المدين برئت تبعا لذلك ذمة الكفيل .

واذا كانت المصالحة على بعض الدين فانها فى هذه الحال تعتبر اتفاقا على وفاء بعض الدين وتنازلا من الدائن عن بعضه الآخر ويكون ذلك بالاتفاق على وفاء بعضه والابراء من الباقين وبناء على ذلك تبرأ ذمة الأصيل من الدين جميعه بعضه بالوفاء اذا وفى وبعضه بالاسقاط ، واذا برئت ذمة الأصيل برئت ذمة الكفيل نتيجة لذلك — أما اذا لم يؤد بعض الدين المتفق على وفائه وقد تنازل الدائن فعلا عن بعضه الآخر فان ذمة كل من المدين والكفيل تبرأ من هذا الجزء المتنازل عنه وتكون براءة ذمة الكفيل منه نتيجة لبراءة ذمة الأصيل منه . أما الجزء المتفق على وفائه فهو جزء من الدين المكفول به وعلى

ذلك تبرأ منه ذمة الأصيل وذمة الكفيل عند قيام أحدهما بأدائه على ماسبق بيانه . ومثل مصالحة الأصيل الدائن عن الدين بغير جنسه أن يعتاض به عن عن عروض للمدين بعقد معاوضة بين الدائن والمدين . كأن يشترى الدائن به من المدين سلعة من ماله .

واذا كان الذى صالح الدائن هو الكفيل فان صالحه عن الدين بغير جنسه أو اشترى به الكفيل منه سلعة من ماله ، برئت ذمة الأصيل بهذا الصلح أو بهذه المبادلة وبرئت ذمة الكفيل من الدين تبعا لذلك وكان للكفيل حق الرجوع على المدين بالدين عند الحنفية لأنه تملكه بالصلح أو المعاوضة ان كانت الكفالة بأمر المدين وبالأقل من الدين وبدل الصلح أو قيمة السلعة عند غيرهم على مابيناه سابقا فى حق الرجوع ، وان صالحه على بعض الدين بجنسه فهو اتفاق كما قدمنا على إيفاء بعضه والابراء من باقيه . وعلى ذلك تبرأ ذمة كل من الأصيل والكفيل من جزء الدين الذى تنازل عنه الدائن إلا فى حالة واحدة وهى ماإذا نص فى عقد الصلح على وفاء بعض الدين وبراءة ذمة الكفيل وحده من باقيه ، ففى هذه الحال تبرأ ذمة الكفيل وحده من هذا الباقى أصالة ويستمر مطالبا ببدل الصلح بمقتضى كفالته وعقده كما يستمر شغل ذمة المدين بكل الدين وعلى ذلك يكون كل من الأصيل والكفيل مطالبا بأداء مااتفق على وفائه فى جميع الأحوال ويكون الأصيل وحده مطالبا بالجزء الآخر فى الحالة الأخيرة وإذا قام الكفيل بأداء مااتفق عليه رجع على الأصيل بما أدى على مابيناه فى حق الرجوع من خلاف وشروط .

٣ — إبراء الأصيل وهبة الدين له — إذا أبرأ الدائن الأصيل من الدين أو وهبه له أو تصدق به عليه — إذا كان فقيرا — برئت ذمته من الدين وبرئت تبعا لذلك ذمة الكفيل لما قدمنا .

ويشترط فى نفاذ الابراء قبوله من المدين ، أو وفاة المدين قبل قبوله ورده

لأن الابراء من الدين تمليك له . فيتوقف على القبول. وكذلك الحكم فى الهبة والصدقة. هذا ما جاء فى الفتح والشلبى على الزيلعى. ولكن المعروف المنصوص عليه فى أحكام الابراء من الدين وهبة الدين للمدين (من باب الهبة) ان الابراء من الدين لا يتوقف على قبول المدين فى المجلس . أما إذا رده بعد المجلس ففى ذلك خلاف قيل يرتد وقيل لا يرتد .

وأما هبة الدين للمدين فالأصح أنها أيضاً كالابراء لا تتوقف على قبوله فى المجلس وتتم بايجاب الواهب وحده ، وإذا ردها المدين قبل قبوله فى المجلس ارتدت أما إذا ردها بعد المجلس ولم يقبلها فيه ، ففى نفاذ هذا الرد خلاف أيضاً — قيل ترتد وقيل لا ترتد ، لتمامها ، والقول الآخر أنها تتوقف على قبوله فى المجلس « راجع تكملة ابن عابدين ج ٢ ص ٣٤٧ وما بعدها وص ٣٥١ وما بعدها .

وعلى ذلك فقول صاحب العناية وصاحب الفتح أنه يشترط فى نفاذ ابراء المدين قبوله فى المجلس محل نظر إلا إذا أريد بذلك عدم رده واعتبار عدم الرد فى المجلس قبولا دلالة ، وأن المراد بقبوله فى المجلس القبول الصريح وهو اللفظى أو ما يقوم مقامه وهو القبول حكما ودلالة وهو الذى يتمثل فى السكوت وعدم الرد « تكملة ص ٣٥١ » — ولهذا كانت وفاة المدين قبل قبوله ورده فى معنى القبول دلالة لعدم رده فيتم معها الابراد والهبة ، وهذا مبنى على القول بأن الابراء لا يرتد برده بعد المجلس لأنه قد تم بالقبول دلالة فى المجلس وذلك بالسكون طيلته واذا تم بقبوله دلالة لم يرتد برده بعد ذلك ، ويلاحظ أنه لا يصح للدائن إذا ما وهب الدين للمدين أن يرجع فيها بعد قبولها من المدين ، وجملة القول .

أن من المشايخ من جعل هبة الدين وابراءه منه بمعنى واحد وذهب إلى

أن كلا منهما لا يتوقف على قبول صريح فى المجلس بل يتم كل منهما بقبوله صراحة أو حكما بأن ينتهى المجلس من غير رد على اعتبار أن ذلك يعد قبولا دلالة أو حكما ، التكملة ص٣٥٦ ، وإذا قبل كل منهما فى المجلس لم يقبل الرد بعد ذلك كما فى الأشباه - ج٢ ص ٤٣ ، وانما يرتد كل منهما بالرد فى المجلس قبل قبوله صراحة - وعلى ذلك إذا مضى المجلس دون رد فقد تحقق بذلك القبول دلالة أو حكما ، وعلى ذلك لا يرتد برده بعد ذلك ، وهذا وجه القول بعدم قبول كل منهما الرد بعد المجلس - وهو مبنى على أن كلا منهما يتوقف على القبول فى المجلس صراحة أو حكما كما فى التكملة ص ١٣٥١ .

وفى السراج - ابراء الطالب الأصيل يتوقف على قبوله أو موته قبل القبول فيكون قبولا حكما .

أما القول بارتداد كل منهما بعد المجلس إذا لم يسبق قبول صريح فيظهر لى أنه مبنى على أن كلا منهما اسقاط محض لا يتوقف على قبول مطلقا ولا يقتصر على المجلس فيتم من ناحية المسقط ولكن يرتد برد المدين فى المجلس وبعده ، ص ٣٥٢ تكملة ، ومع ذلك فمن المشايخ كابن شجاع من ذهب إلى أنه فى هذه الحال لا يقبل كل منهما الرد أيضا ص ٣٥٢ تكملة .

وإذا أبرأ الدائن المدين من الدين فرد ابراءه ارتد برده وبقى دين الدائن على حاله ، وفى هذه الحال اختلف المشايخ، فمنهم من ذهب إلى أن ذمة الكفيل تبرأ بابراء الدائن لتمام الابراء بايجاب الدائن وعلى ذلك لا يعود الدين إلى ذمة الكفيل برد الأصيل - ومنهم من ذهب إلى أن الدين يعود فيشغل ذمة الكفيل كما شغلت به ذمة المدين لأن سقوطه كان مشروطا بألا يرد المدين الابراء فاذا رده ظهر أنه لم يسقط وعلى ذلك اذا رد الأصيل الابراء بقى الدين فى ذمته وفى ذمة الكفيل على وضعه .

وكذلك تحتاج هبة الدين للأصيل والتصدق به عليه الى القبول على رأى كما قدمنا ، وقيل تتم من غير قبول ما لم يردها وهو الأصح وعليه اذا مات قبل القبول والرد نفذت الهبة وبرئت ذمة الأصيل .

ولو حدث الابراء أو الهبة للمدين والتصدق به عليه بعد موته كان قبول ذلك الى ورثته ويجب عدم ردهم عند أبى يوسف لأن الابراء للمورث بعد الموت ابراء للورثة ، وخالف محمد فى ذلك فلم يجعل لهم حق الرد كما لو كان الابراء حال حياة المدين ثم مات(١) ، أما لو كانت الهبة للوارث أو الابراء ، فالقبول والرد اليه اتفاقا ، وقيل فيه الخلاف السابق لأن الهبة والابراء لهم انما هو للمورث(٢) وهذا كله عند الحنفية .

وعندغيرهم اذا ابرأ الدائن الأصيل أو وهبه الدين وتم ذلك برىء الأصيل وبرىء الكفيل تبعاً له، لأن الكفالة وثيقة للدين ، فإذا ماسقط وانتهى انتهت كالرهن فإنه ينتهى بانتهاء الدين — ولا يشترط فى صحة الابراء قبول المدين له عند الشافعية أيضاً ، ويجوزون بذل العوض فيه ، ولكن يشترطون فى صحته علم الدائن بمقداره فى المذهب الجديد ، أما فى القديم فكرأى الحنفية لا يشترط العلم بمقداره(٣). وجملة القول أن براءة ذمة الأصيل تستتبع براءة ذمة الكفيل باتفاق سواء أكانت بابراء أم بأداء أم بهبة الدين له أم بوراثته للدائن إذ يسقط الدين حينئذ لاتحاد الذمة أو بسبب آخر ، ولا يلزم من براءة ذمة الكفيل براءة ذمة الأصيل ، فقد تبرأ ولا تبرأ ذمة الأصيل ، كما إذا كانت الكفالة مؤقتة بوقت فانتهى وقتها أو وهب الدائن الدين للكفيل أو ابرأه من الكفالة .

---

(١) راجع الزيلعى والشلبى عليه ج ٤ ص ١٥٦ و ١٥٧ ؛ والهداية والفتح والعناية ج ٥ ص ٤١٠ .

(٢) « تكملة » جزء ٢ ص ٣٤٧ .

(٣) راجع نهاية المحتاج ج ٤ ص ٤٢٨ و ٤٢٩ .

أما ابراء الدائن للكفيل فأنه يصح ويعد تنازلا عن الكفالةلا عن الدين وهى إسقاط محض ولذا لا يرتد برد الكفيل ولا يتوقف على قبوله ، وبناء على ذالك ذهب بعض الحنفية إلى صحة تعلقها بالشرط شأنه فى ذلك شأن سائر الاسقاطات كالعتاق والطلاق ، وخالف آخرون فذهبوا إلى عدم صحة تعليقه لما فيه من معنى التمليك كما فى سائر البراءات ، ووفق بعضهم بين القولين بأن عدم جواز تعليقه إذا كان الشرط المعلق عليه شرطاً محضاً لا منفعة فيه للطالب أصلا كما إذا علقت البراءة على مجىء الغد ونحوه أما إذا كان على شرط فيه نفع للدائن فيجوز كما اذا قال الكفيل بالنفس والمال أن وافيتك بالمدين غدا فأنا برىء من الدين وقبل المكفول له ، وقد نص على جوازه فى الايضاح . وهذا توفيق يستند إلى العرف فقد جرى العرف على تعليق البراءة بشرط فيه مصلحة وغرض وعلى عدم تعليقها بشرط لا غرض فيه ولا مصلحة بموضوعها . ويلاحظ أن إبراء الكفيل كما قدمنا لايرتد برده وهذا يخالف حكم تأجيله عند الحنفية فانهم يرون أنه يرتد برده فلا يلزم الدائن بعد ذلك التأجيل. وإذا كان ابراء الكفيل لايعد إبراء من الدين بل إبراء من الكفالة فقط لم يترتب عليه براءة المدين ، وكان انهاء للكفالة ابتداء ، وليس فى هذا خلاف بين الأئمة ، ولذا لايكون للكفيل حينئذ أن يرجع بالدين على المدين .

وأما هبة الدين للكفيل فهى تمليك محض، وتصح باتفاق ولا تتم إلا بقبولها فى المجلس ولا تتوقف على قبض الدين من المدين عند الجمهور ويرى المالكية أنها لاتتم إلا بقبض الدين من المدين قبل حصول المانع للواهب ليتحقق بذلك شرط الحوز فيها ، وإذا تمت الهبة كان للكفيل بناء على تملكه الدين أن يطالب به المدين ولم يكن للدائن بعد ، أن يطالب أحدهما لخروج الدين من ملكه بالهبة .(١)

---

(١) راجع الشلبى ج٤ ص ١٥٦ والدسوقى ج ٣ ص ٢٣٨

٤ – حوالة الدين – وإذا أحال المدين الدائن بدينه المكفول به على شخص ثالث فقبل الدائن وتمت الحوالة برىء المدين من الدين بحكم الحوالة كما سيأتى وبرىء الكفيل منه تبعا لذلك، وكذلك إذا أحال الكفيل الدائن على ثالث فإن الأصيل يبرأ بهذه الحوالة ويتبع ذلك براءة ذمة الكفيل (١) وذلك لأن الدين ينتقل بالحوالة إلى ذمة المحال عليه ويتبع ذلك براءة ذمة المدين فبراءة ذمة الكفيل.

٥ – انفساخ سبب الدين المكفول به – إذا انفسخ العقد الذى نشأ عنه الدين المضمون وبرئت بسبب ذلك ذمة الأصيل من الدين فان التزام الكفيل ينقضى تبعا لذلك، فإذا ضمن شخص مشتريا لسلعة بثمنها فانفسخ عقد البيع لهلاك السلعة عند البائع قبل تسليمها برئت ذمة كل من المدين والكفيل المدين ابتداء والكفيل تبعاً.

٦ – اتحاد الذمة – إذا ورث المدين الدائن فأصبح الدين له بمقتضى الوراثة برئت ذمته منه لاتحاد الذمة، إذ لا يمكن أن يكون دائنا لنفسه ويترتب على ذلك براءة ذمة ضامنه أيضاً تبعا لذلك – أما إذا ورث الضامن الدائن فانتقل الدين اليه بهذه الوراثة فان كفالته تنتهى ولا تبرأ بذلك ذمة المدين بل يصبح مدينا للضامن.

إنقضاء الكفالة بسبب لا يمس التزام المدين :

فى هذه الحال ينقضى التزام الكفيل وحده ابتداء، ويبقى التزام الأصيل على حاله دون مساس به لأن الكفالة لا تعدو أن تكون وثيقة قد انحلت دون وفاء بالدين كالرهن يرده المرتهن إلى الراهن قبل الوفاء فلا يؤثر ذلك فى بقاء الدين ويكون هذا الانقضاء بسبب من الأسباب الآتية :

---

(١) الشلبى على الزيلعى ج ٤ ص ١٥٦

١ — مصالحة الكفيل الدائن على بعض الدين مشترطاً فيها براءة ذمته وحده من باقيه فتبرأ ذمته ابتداء من جزء الدين الذى لم يتم عليه الصلح وتستمر ذمة المدين مشغولة به لعدم سقوطه بالنسبة له وتبرأ ذمة الأصيل بالنسبة لما تم عليه الصلح وبذلك تنتهى كفالة الكفيل بالنسبة للدين كله ويكون له حق الرجوع على الأصيل بما تم الصلح عليه أو بما غرم على حسب الخلاف فى ذلك على ما بينا فيما إذا كانت الكفالة بأمر المدين عند بعضهم أو مطلقاً عند المالكية والحنابلة .

٢ — إبراء الدائن الكفيل من الدين وقد ذكرنا ذلك عند كلامنا على إبراء الأصيل . وأن ذلك يعد من الدائن تنازلا عن الكفالة ، ومن الفقهاء من ذهب إلى أن هذا الإبراء إذا تضمن تنازل الدائن عن الدين ترتب عليه براءة ذمة كل من المدين والكفيل ، والواقع أن الإبراء فى هذه الحالة إبراء لكل منهما فلاخلاف — ولا يجوز للكفيل فى حالة الإبراء أن يرجع بالدين أو بعضه على المدين لأنه لم يتملكه ولم يغرم شيئاً وإنما الذى كان هو سقوط الدين أو المطالبة عن الكفيل .

٣ — هبة الدائن الدين للكفيل وقد ذكرنا ذلك عند كلامنا على هبة الدين للمدين وبينا أن الضامن يتملك الدين بهذه الهبة ويحل محل الدائن فيه فيرجع بالدين على الأصيل وبذلك لا تبرأ ذمته بهذه الهبة وإن انقضت بها كفالة الضامن .

٤ — انتهاء مدة الكفالة — إذا كانت الكفالة مؤقتة بمدة محددة كسنة مثلا فانتهت المدة دون وفاء وانتهت الكفالة وبقى الدين فى ذمة المدين .

٥ — تحقق شرط سقوطها — إذا نشأت الكفالة مشروطاً فيها البراءة عند تحقق شرط من الشروط كأن يكفل الدين على أن يكون بريئاً من الكفالة إذا ما حضر المدين من سفره ونحو ذلك فإذا تحقق الشرط ولم يكن الدين قد

وفى انتهت الكفالة يتحقق شرط انتهائها — وهذا فى الواقع ضرب من الكفالة الموقوتة .

٦ — وراثة الدائن للمدين إذا مات مليئاً وفى تركته ما يفى بالدين . وذلك لانتقال تركة المدين إليه بالوراثة محملة بدينه وعلى ذلك يصير فى ملكه ما به وفاء دينه فيسقط دينه لذلك ، إذاً لا يصح أن يكون مطالباً ومطالباً ، وهذا إنما يتحقق إذا كان الوارث الوحيد ، أما إذا كان معه وارث فلا يسقط من دينه إلا ما يخص حصته فى التركة وعلى ذلك يبقى الضامن ضامناً لباقى الدين .

وقد يقال أن ذلك لا يظهر بالنسبة إلى الحنفية الذين يقولون أن دين التركة يمنع الوارث من أن يتملكها حتى يوفى ، وعلى ذلك لا يتملك الدائن من التركة بالوفاة ما به وفاء دينه .

والواقع أن هذه المسألة محل خلاف عند الحنفية فمنهم من ذهب إلى أن دين الوارث لا يمنعه أن يتملك التركة ، ففى الخانية نقلا عن المحيط استغراق التركة بدين الوارث لا يمنع جريان الإرث فى التركة إن لم يكن ثمة وارث غيره — وهذا يخالف ما فى جامع الفصولين إذ فيه ما يفيد أنه يمنع ، وأنه لا يتملك إلا بعد أن يوفى دينه من التركة فعلا وعلى هذا الرأى الأخير لا تكون وراثة الدائن للمدين فى هذه الحالة سبباً لبراءة ذمة الضامن لبقاء الدائن على مطالبته بالدين المضمون .

وفاة المدين والكفيل :

إذا توفى المدين لم يكن لوفاته تأثير فى الكفالة بل تظل ذمة الكفيل مشغولة بالدين على حاله فيظل مؤجلا إن كان مؤجلا — ولكنه بوفاة المدين يصير الدين حالا بالنسبة لورثته عند من يرى من الفقهاء أن الدين يحل بموت

المدين مطلقاً ، ولذلك يكون الخيار للدائن إن شاء أتبع تركة المدين فى الحال فإذا استوفى منها الدين برئت ذمة الكفيل . وإن شاء صبر حتى يحل الدين بالنسبة للكفيل فيطالبه ، وهذا عند الحنفية والحنابلة. وقد ذكرنا ما للكفيل عند المالكية من حق فى هذه الحالة ، كما ذكرنا فيما مضى رأى الشافعية فى ذلك .

وإذا توفى الكفيل لم يكن لوفاته أثر فى التزامه ، غير أن الحنفية والشافعية يرون أن الدين يحل بوفاته إن كان مؤجلا بالنسبة إليه ، وإذن يؤخذ الدين من تركته ، ولكن لا يرجع ورثته على المدين عندما تكون الكفالة بالأمر إلا عند حلول الأجل لبقاء الأجل بالنسبة للدائن إذا ما كان مؤجلا بالنسبة إليه أيضاً .

ويرى زفر أن الدين لا يحل على الكفيل بموته بل على الدائن أن ينتظر حلول الأجل فلا يرجع فى التركة قبل حلوله .

وفى المشهور من مذهب أحمد أن الدين لا يحل بالموت إذا ما وثقه الورثة برهن أو كفيل .

وعند مالك إذا مات الكفيل أو أفلس حل الدين إن كان مؤجلا وأخذ الدائن دينه من تركته أو حاص غرماءه ولو كان المدين حاضراً مليئاً وعندئذ يرجع عليه ولكن لا يرجع الورثة عليه إلا بعد حلول الأجل، أما إذا مات عند حلول الأجل أو بعده فلا يؤخذ الدين من التركة إذا كان المدين حاضراً مليئاً كما قدمنا وإنما يؤخذ منها إذا كان معدماً ، أو لا يستطاع التنفيذ فى ماله إلى آخر ما ذكرناه (١) .

---

(١) راجع الشرح الكبير والدسوقى ج ٣ ص ٣٢٨ .

انواع الكفالة

بينا فيما مضى أن الكفالة قد تكون بالفعل كما فى الكفالة بتسليم العين ومضى حكمها ، وقد تكون بالاقتضاء أى طلب المال ممن هو لديه وتسليمه إلى صاحبه دون التزام به فى الذمة كما تقدم، وقد تكون كفالة بالنفس كأن يكفل إنسان آخر فى حضوره بمجلس القضاء فى وقت معين . وأن الكفالة بالدين قد تكون كفالة مطلقة يترتب عليها شغل ذمة الكفيل بالدين والتزامه بأدائه من جميع مايملك، وقد يكون التزام الكفيل بأداء الدين من ماله دون أن تشغل ذمته بالدين على مابينا فى الخلاف فيها من أنها لضم ذمة إلى أخرى فى الدين أو لضم ذمة إلى أخرى فى المطالبة. فقط دون الدين وتقدم بيان هذا، كما أشرنا فيما مضى إلى رأى من ذهب إلى أنها لنقل الدين من ذمة إلى أخرى . وقد تكون كفالة مقيدة وذلك عند اقترانها بشرط صحيح لازم وقد مضى الكلام فى حكم ذلك عند كلامنا على الاشتراط فى الكفالة .

وجاء فى شرح الزيادات للسرخسى أن الكفالة قد تكون مقيدة بمال للأصيل لدى الكفيل كان يكون للأصيل وديعة عنده قيد بها الكفالة وعند ذلك لايلزم الكفيل بأداء الدين المكفول من ماله وانما يلزم بأدائه من المال الذى قيدت به الكفالة ـ وقد جاء هذا فى الفصل الثانى من أحكام الكفالة والحوالة ـ

وقد تكون كفالة بالنفس كما بينا فيما مضى وتسمى الكفالة بالوجه، ويرى الحنفية جوازها بالنظر إلى من عليه دين أو قصاص أو حد قذف أو حد سرقة بلاخلاف بين الامام وصاحبيه فى ذلك إذ أنها ليست إلا التزاما باحضار من يجب إحضاره فى مجلس يجب عليه حضوره فيه، ولا تتضمن التزاما بدين المكفول إلا بالشرط كأن يقول الكفيل إن لم أحضره فى وقت كذا أو فى مجلس قضاء

يوم كذا فعلى ماعليه من الدين فإذا لم يوف بالشرط لزمـــه الدين كفالة كما لاتتضمن التزاما بما وجب على المكفول من حد أو قصاص لذ لاتزر وازرة وزر أخرى .

وأثرها عند الحنفية وجوب التخلية بين الطالب والمكفول فى موضع يقدر الطالب فيه على إحضاره مجلس القضاء إذ يحصل بذلك المقصود بالعقد وهو استيفاء الحق بالمرافعة إلى القاضى فاذا قام بذلك انتهت الكفالة ولذا لو سلمه الكفيل فى صحراء لم يخرج بذلك التسليم من الكفالة ولكن لو سلمه فى المصر فانه يخرج بذلك منها وان قيدت بالتسليم فى مجلس القاضى ، إذ الغرض منها التسليم فى مكان يتمكن فيه من إحضاره مجلس القاضى فلايتقيد بمكان خلاف مجلسه لعدم الفائدة من التقييد .

ولو شرط فى الكفالة أن يسلمه فى مصر معين فسلمه فى مصر آخر خرج من الكفالة عند أبى حنيفة خلافا لصاحبيه وجه قولهما أن ذلك شرط معتبر يقصد الالزام به ، فقد تكون حجة الطالب فى مصر دون آخر . ووجه قول أبى حنيفة أن المقصود هو الوصول إلى الحق بالمرافعة فيه أمام قاض مختص فلا يتقيد بقاض دون آخر .

ولو تعدد الكفلاء بالنفس فأحضر المكفول أحدهم برىء الجميع ان كانت الكفالة بعقد واحد لأن المكفول فيها حينئذ فعل واحد هو إحضاره فيتم بأحدهم وان كانت بعقود متعددة بعددهم لم يبرأ إلا المحضر لأن المكفول حينئذ أفعال متعددة بعددهم ففعل أحدهم لا يعد فعلا لغيره، وليس هذا كمسألة الكفالة بالدين لأن أداء الدين يتحقق بفعل أى كفيل به فيبرأ به الأصيل فيترتب على ذلك براءة الجميع [١] .

مذهب المالكية :

الضمان قد يكون بالوجه أى بذات المضمون واحضارها وقد يكون

---

(١) البدائع جـ ٦ ص ٤ ، ٨ ، ١٢ .

بالطلب أى بالتفتيش على الغريم والدلالة عليه دون الالتزام باحضاره والأول لايكون إلا إذا كان المضمون مدينا حيث يكون الغرض من ضمانه إحضاره إلى الطالب ليتمكن من استيفاء دينه منه فلا يكون فيمن يثبت عليه قصاص أو حد أو تعزير والثانى يكون فيمن كان مطلوبا بسبب دين ونحوه من الحقوق المدنية أو بسبب قصاص أو حد أو تعزير كأن يقول الكفيل أنا حميل بطلبه أو على طلبه أولا أضمن الا طلبه أو أضمن وجهه وليس على من المال شىء أولا أضمن الا وجهه — وفى هذه لايلزم الحميل إحضار المضمون بخلاف النوع الأول وقيل يشترك النوعان فى الزامه بالاحضار ويختص ضمان الوجه بتغريم الحميل ما على المضمون من الدين عند عدم قيامه باحضاره .

ويبرأ الحميل فى النوع الأول بتسليم المضمون بعد حلول الدين فى مكان يقدر فيه الطالب على خلاص دينه منه بالمرافعة أمام القضاء كما يبرأ بتسليم المضمون نفسه إلى دائنه بعد حلول دينه ان أمره الضامن بذلك فان سلم نفسه من غير أمر من الضامن أو سلمه أجنبى أو حدث التسليم فى جميع الأحوال قبل حلول الدين لم يبرأ الكفيل بذلك. ولايشترط فى براءته بالتسليم أن يكون فى مجلس القضاء إذا لم يشترط الطالب على الكفيل إحضاره فيه ويبرأ بالتسليم فى مكان به حاكم أو قاض وان لم يكن بالبلد الذى حدث به الضمان ولايبرأ بتسليمه فى مكان لاسلطان فيه ولاحاكم كصحراء .فان لم يحضره غرم الكفيل ما على المضمون من الدين بعد تلوم خفيف كاليوم ان قربت غيبة الغريم والاحكم عليه بالدين بلا تلوم وهذا هو المشهور فى المذهب خلافا لما ذهب إليه ابن عبد الحكم من القول بعدم الضمان كما هو مذهب الحنفية وأنه لايلزمه إلا إحضاره — ويبرأ الكفيل بتسليمة على مابينا ولو كان عند ذلك معدما خلافا لمن ذهب إلى أنه لايبرأ بالتسليم إلا إذا سلمه مليئاً — وانما يغرم الكفيل الدين بعدم إحضار المكفول إذا لم يقم البينة على عدمه عند حلول أجل الدين وهو غائب أما إذا أثبت أنه كان عند حلول الأجل معسرا فلا غرم ولو حكم

الحاكم به لأنه حكم تبين خطؤه وخالف ابن رشد فذهب إلى التغريم ولو أثبت عدمه عند الأجل كما لا غرم إذا أثبت الكفيل موت الغريم قبل الحكم عليه بالغرم لأن النفس المضمونة قد ذهبت أما ان ثبت موته بعد الحكم فالغرم ماض .

وإذا لم يحضر الكفيل الغريم غرم ما على المضمون من الدين ولو كان ذلك لجهله بمكانه أو لعدم تمكنه من إحضاره إلا أن يثبت أنه قد مات قبل حلول أجل الدين فانه يبرأ عند ذلك كما يبرأ إذا لم يحضره وأثبت أنه أعدم قبل الأجل بأيام على ماذهب إليه اللخمى خلافاً لمن ذهب إلى الزامه بالإحضار مليئاً كان أم معسراً وهو المشهور فى المذهب .

أما ضمان الطلب فليس يلزم فيه الكفيل إلا طلب الغريم بما يقوى عليه فإن ادعى أنه لم يجده صدق وحلف أنه ما قصر فى طلبه ولا يعلم موضعه وغرم المال المطالب به الغريم ان فرّط طلبه فى الاتيان به أو فى الدلالة عليه عند علمه بموضعه حتى تمكن الغريم من الهرب (١) .

مذهب الشافعة :

أصح الأقوال عندهم صحة الضمان ببدن كل من استحق عليه الحضور فى مجلس الحكم عند الاستعداء عليه لحق آدمى كمدين وأجير وكفيل وقن آبق لمولاه وكذلك من عليه عقوبة آدمى كقصاص وحد قذف وتعزيز لا لحق من حقوق الله كحدوده فإن كفل ببدن من عليه دين أو لديه مال ولو أمانة لم يشترط العلم بقدره ولكن يشترط أن يكون مما يصح ضمانه فلا تصح الكفالة ببدن من عليه زكاة أو ببدن مكاتب بالنجوم (٢) .

---

(١) — الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقى عليه ج ٣ ص ٣٤٥ وما بعدها والمداق ج ٥ ص ١٠٥ وما بعدها إلى ص ١١٦ .

(٢) نهاية المحتاج ج ٤ ص ٤٣١ وما بعدها .

وإذا عين فيها مكان التسليم تعين إن كان صالحاً وإن لم يعين تعين مكان الكفالة أن صلح ويبرأ الكفيل بتسليمه الغريم فى مكان التسليم بلا حائل يمنعه منه كمتغلب يمنع الطالب منه وبأن يسلم المكفول نفسه مظهرا أنه يسلم نفسه براءة للكفيل ولا يكفى مجرد حضوره دون إظهار ذلك .

وإذا غاب المكفول لم يلزم الكفيل إحضاره إن جهل مكانه لقيام عذره فإن علم مكانه لزمه إحضاره عند أمن الطريق ويمهل مدة الذهاب والإياب على العادة فإن مضت ولم يحضره حبس ما لم يؤد الدين لأنه مقصر فلو أداه ثم قدم المطلوب كان له استرداد ما دفع — وقيل إن كانت غيبته مسافة قصر لم يلزم إحضاره والأصح أنه إذا مات أو هرب أو توارى ولم يعرف مكانه لم يطالب الكفيل بما عليه من الدين وهو قول الحنفية وقيل يُغرم وهو قول المالكية ... والأصح أنه لو شرط فى الكفالة تغريم الكفيل المال عند عدم إحضاره بطلت لأنه شرط ينافى مقتضاها وقيل تصح مع هذا الشرط (١) .

مذهب الحنابلة :

يجوز الالتزام بإحضار من عليه حق مالى إلى ربه سواء كان من عليه الحق حاضراً أم غائباً ،فصحت الكفالة ببدن من عليه دين لازم معلوماً كان الدين أم مجهولا للكفيل ولا يمنع منها أن يكون المكفول محبوساً عند الحاكم إذ المحبوس عنده يمكن تسليمه بأمر الحاكم ولا تصح ببدن من عليه حد أو قصاص .

وصحت مع اشتراط ضمان المال إن لم يحضره . ووجب الإحضار

(١) — نهاية المحتاج ج ٤ ص ٤٣١ وما بعدها .

فى مكان عين فيها فإن وقعت الكفالة مطلقة عن المكان تعين الإحضار فى مكان الكفالة — متى أحضره الكفيل فى مكان العقد أو فى المكان المعين إن عين مكان الإحضار وأحضره فى مكان آخر بعد حلول أجل الكفالة أو أحضره قبل ذلك ولا ضرر على الطالب فى تسلمه أو سلم المكفول نفسه فى محل التسليم ووقته برىء الكفيل كما يبرأ بموت المكفول

وللكفيل إحضار المكفول ومطالبته بمصاحبته إلى الطالب إن كانت الكفالة بإذن المكفول أما إذا كانت بغير إذنه فلا يلزم المطلوب بالحضور مع الكفيل الى رب الدين إذ لم تشغل ذمته بذلك وإذا كان المكفول غائباً ، أمهل الكفيل بقدر ما يمضى إلى محله ويحضره .

وإذا لم يعلم الكفيل مكانه لزمه ما على المكفول من الدين لتقصيره فى تقصى حاله فكان بسبب ذلك متلفاً أما إن علم مكانه فمضى إليه ولم يحضره اما لتواريه أو هربه أو اختفائه أو لامتناع أو لغيره ذلك بحيث تعذر إحضاره مع حياته لزمه ما عليه من الدين : يقول الرسول صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم إلا إذا شرط البراءة من المال فلا يلزمه عملا بالشرط — وإذا قدر الكفيل على المكفول به وهو المال بعد أداء ما غرمه بسبب عدم إحضاره المكفول لم يكن له أن يسلم ما كفل به إلى المكفول ثم يسترد ما دفعه إليه نتيجة لوصول حقه إليه وإنما يحصل بذلك التقاص بين البدلين وذلك بخلاف المغصوب إذا تعذر إحضاره مع قيامه وغرم الغاصب قيمته ثم قدر عليه بعد ذلك فإن يرد إلى المغصوب منه ثم يسترد منه ما أخذه من القيمة لأن الغاصب حيث لم يملك المغصوب بدفع قيمته وإنما أخذت منه للحيلولة بين المال وصاحبه وذلك بخلاف ما على المكفول من الدين فإن

---

(١) — كشاف القناع جزء ٢ ص ١٧٨ وما بعدها .

الكفيل يصير بدفع عوضه مالكا ملكا تاماً لما أخذه من المكفول - ويبرأ الكفيل بموت الكفيل قبل غرمه فإذا غرم ثم ظهر موته استرد ما غرم .

وإذا ضمن شخص معرفة إنسان بأن جاء إنسان إلى آخر يستدين منه فقال له لا أعرفك فلا أعطيك فضمن له إنسان معرفة فداينه ثم غاب المستدين أو توارى أخذ الضامن بالدين فإن لم يعرف به ضمن .

ضمان ما يلقى فى البحر — إذا خيف غرق سفينة لثقل ما فيها وجب إلقاء مالا روح فيه أولا وذلك لحرمة ما فيه الروح فان لم يكف ذلك ألقى الحيوان حرصاً على حياة الآدمى .

ولو قال بعض أهلها لغيره ألق متاعك فألقاه لم يضمنه له لأنه لم يكرهه على إلقائه ، ولكن لو قال له ألقه وأنا وجميع الركاب ضامنون ولم يأذنوه بذلك ولم يوافقوه ضمن قيمة ما يخصه نتيجة لقسمة قيمة ماطرحه فى البحر عليهم وسواء فى ذلك أن يسمعوه فيسكتوا أو لا يسمعوه . ولو قال له ألقه وكل واحد منا ضامن لك قيمته كان ضامناً وحده لقيمة ما ألقاه دون غيره من الركاب لأنهم لا يشتركوا معه فى هذا الضمان وعلى ذلك الحنفية والشافعية والحنابلة والزيدية والشيعة الجعفرية [1] غير أن الزيدية يسمون هذا النوع التزاماً ولا يسمونه ضماناً .

أما المالكية فقد ذهبوا إلى أنه إذا خيف غرق السفينة بسبب تجاوز حمولتها قدر ما يحمل عليها عادة ولزم لنجاتها رمى بعض حمولتها كان من الواجب أن يرمى بعض حمولتها حفظاً الأرواح والأموال وهو واجب شرعى على من فيها . والإثم تركه عليهم جميعاً ويسقط بفعل بعضهم وعلى ذلك إذا قام به أحدهم لم يكن بطرح بعض المتاع متعدياً بل قام بواجب عليه

---

(١) راجع كشاف القناع حـ ٢ ص ١٨٤ والمنتزع جـ ٤ ص ٢٧٠ ، تحرير الأحكام جـ ١ ص ٢٢٦ والبحر الزخار جـ ٥ ص ٧٨ .

وبما كان يجب أن يقوم به غيره من أصحابه سواء أقام بطرح ماله أم بطرح مال غيره .

وعلى هذا إذا سلمت السفينة وما بقى عليها بسبب هذا الطرح التزم أصحاب الأموال السالمة بقيمة ماطرح فى الماء من المتاع إذا ضاع أو هلك بطرحه على نسبة ما لأموال كل منهم من قيمة . ويشترط لذلك أن يكون الطرح للانقاذ من الغرق وأن يكون ضرورياً للانقاذ وأن تسلم بسببه السفينة وما بقى عليها ويطرح الأثقل لينجو الأخف وقليل القيمة لينجو كثيرها ويكون الطرح بقدر الحاجة ويشترك فى تحمل العوض كل من انتفع بالطرح وذلك على خلاف فى ذلك بين المالكية .

قال أبو القاسم : إذا طرح بعض الحمل للهول شارك أهل المال المطروح من لم يطرح لهم شىء من متاعهم وكان ماطرح وما سلم لجميعهم لهم نماؤه وعليهم ونقصه لأنهم صونوا مالهم بالمطروح والعدل عدم اختصاص أحدهم بالمطروح إذ ليس أحدهم أولى من الآخر وسواء أطرح الرجل متاعه أو متاع غيره بإذنه أم بغير إذنه . (ذخيرة) وعلل ذلك صاحب الذخيرة بأنه سعى فى القيام عن الغير بواجب لأنهم أجمعين يجب عليهم حفظ نفوسهم وأموالهم فمن بادر منهم بذلك قام بذلك الواجب .

وتوزع قيمة المطروح على ما فى السفينة من مال التجارة من العبيد والناض من الأموال والجوهر دون مال القنية وهو ما يقتنى للحاجة إليه ، وقال بعض الفقهاء ما ليس للتجارة فهو كالعدم إن طرح لم توزع قيمته وإن لم يطرح لم يوزع عليه ولا يدخل فى التحاص إذ هو من الوسائل لا من المقاصد وقال ابن سلمون أن هذا مذهب مالك .

أما رأى المالكيين من أهل العراق فهو أن التحاص يقع فى ذلك كله وعلى السفينة نفسها وذلك لنجاة الجميع بسبب الطرح . وجمهور المالكية على

وجوب الطرح لنجاة متاعهم — واختلف فى النقود من الدنانير والدراهم فقيل لا يوزع عليها شىء وقيل يوزع عليها لنجاتها وهو الأشهر وسئل عن ذلك ابن رشد فقال : لا يجب فيما طرح من المركب على ما عند الركاب من الذهب والورق سواء كان وديعة لديهم أم بضاعة لهم وإنما يجب ذلك على المتاع — قال ابن سلمون أن هذا هو الصحيح من الأقوال . والقياس أن يكون التحاص بحسب الأثقال لأنه سبب الغرق لكنه ترك إلى الاستحسان وهو أنه يكون بحسب القيمة لأنها المقصودة ولها الاعتبار .

وجملة القول فى ذلك — أن من المالكية من ذهب إلى إشراك كل مال كان على خطر الهلاك لولا الطرح فيدخل فى المحاصة جميع ما نجا من الأموال بما فى ذلك السفينة ومتاعها وأدواتها ومنهم من ذهب إلى عدم إدخال السفينة ومنهم من ذهب إلى أنه لا يحمل التعويض إلا ما كان فى السفينة من مال للتجارة وإليه ذهب ابن حبيب وأخذ به جمهور كبير من فقهاء المالكية أما أنفس الأحرار فلا تدخل فى التعويض إذ لا قيمة لها .

أما القيمة التى تعتبر فى ذلك فمن الفقهاء من ذهب إلى أنها القيمة فى موضع الحمل لأنه وقت اختلاط الأموال وجميعها فى المركب — وقيل موضع الوصول لأنه المقصود بالحمل وقيل موضع الطرح أو أقرب موضع إليه من العمار لأنه موضع التلف وقيل يعتبر ثمن الشراء . ذلك فيما يتعلق بقيمة المطروح . أما قيمة السالم فالعبرة فيها على ما يظهر قيمته فى مكان الوصول لأنه المقصود بالحمل .

الديات والأروش

ما يجب من الضمان المالى فى إتلاف النفس وما دونها

الاعتداء على النفس بإتلافها أو بجرحها بغير حق جريمــــة فى جميع الأعراف والشرائع منذ أقدم العصور وذلك لمساسه بحق مقدس طبيعى هو الحياة . وكان ما يسببه من الألم والضرر والحقد فى نفوس المجنى عليه وأهله دافعاً له على الرغبة فى الانتقام من المعتدى بأية صورة من الصور سعياً إلى شفاء النفوس مما أصابها وإطفاء ما يتأجج فيها من نيران العداوة والبغضاء وتجنباً لما يلحقهم من العار والمذلة والشعور بالضعة والضعف إذا ما تركوا الانتقام لأنفسهم ممن اعتدى عليهم . وكان هذا جزاء لا يرجع فى تقديره وتحديده إلا إلى رضاء النفس وشفائها مما أصابها بسبب هذا الاعتداء ثم إلى ما للمعتدى عليه من قدرة وسلطان أمام المعتدى فى تنفيذ ما يجد فيه شفاء نفسه ولذا كان هذا الجزاء يختلف شدة وضعفاً باختلاف حال من اعتدى عليه وحال المعتدى قوة وبطشاً وعلواً وخفضاً فهو جزاء شديد إذا ما كان جانب المعتدى عليه أشد قوة من جانب المعتدى وهو ضعيف أو غير مقدور عليه إذا لم يكن للمعتدى عليه أمام المعتدى حول ولا قوة وكان لاختلاف الجانبين قوة وضعفاً وقدرة وعجزاً أثر فى الالتجاء إلى التعويض بالمال جزاء يقوم به جانب المعتدى لمن اعتدى عليه وكان هذا التعويض يختلف مقداره أيضاً باختلاف الأحوال والأعراف وبما لجانب المعتدى عليه من قدرة على إجبار جانب المعتدى على الاستجابة لما يطلب منه وما لدى المعتدى من ثراء كما كانت تختلف وسائل التشفى . غير أن اختلافها كان يقوم على التراضى بين الطرفين سواء أكان ذلك عن ضعف أم عن حب وطمع فى أخذ المال وقد نشأت هــــذه الفكرة ، فكرة الالتجاء إلى التعويض بالمال عند جميع

الشعوب ، فقد وجدت عند العبرانيين وعرفتها شرائع اليونان والجرمان وشاع استعمالها عند العرب أهل الجاهلية قبل الإسلام ولم يكن ذلك أمراً مرغوباً فيه عندهم إلا حيث يكون العجز عن أخذ الثأر قهراً وانتقاماً ولكن بمرور الزمن اعتاده كثير من القبائل رغبة فى السلام والوئام بسبب ما كانت تنهكهم تلك الحروب الطويلة الطاحنة التى يدفع إليها الأخذ بالثأر إذ كانت لا تقتصر على أهل المعتدى والمعتدى عليه بل كان يصلى بنارها جميع أفراد قبيلة الجانى وجميع أفراد قبيلة المجنى عليه لما كان معروفاً فيهم من التضامن القوى بين أفراد كل قبيلة بعضهم لبعض ينصرون المظلوم منهم ويدافعون عن الظالم منهم وكانت هذه عادة أصيلة فيهم يرون فيها مظهر عزتهم وقوتهم وشرفهم ووجودهم .

وكان مايدفع من المال فى هذه السبيل معروفا باسم الدية تارة وباسم الأرش تارة أخرى ولم يكن له مقدار معين فيما بينهم كما لم يكن على نسق واحد بل كان يزيد وينقص تبعا لما يكون بين قبيلة الجانى والمجنى عليه من الاختلاف فى القوة والسمو والضعة والانحطاط إذا كانت القبيلة التى هى أكثر قوة وأشد بأسا تتحكم فى القبيلة التى هى أضعف منها وكان للعرف مع ذلك أثر فى تحديد مايعرض من المال وعدم المغالاة فيه فشاع فيما بينهم تحديده بمائة من الابل إلا أن ذلك لم يكن أمرا ملزما واجب الاتباع فى جميع الأحوال بل كانت القبيلة المعتدى عليها عندما تشعر بالقوة وشدة البطش تطلب ماتشاء من الأموال والنعم وكثيرا ما كان يتجاوز مقـــدار هذا المال المائة بعير إلى الألف أو يزيد . ولذا كان تحديد الدية عند أهل الجاهلية فى أكثر الأحوال منوطا بشخص المجنى عليه ومركزه ومركز أسرته وقبيلته وكأنه ثمن وعوض عن الدم المسفوك وذلك فضلا عن أنه وسيلة وسبيل إلى نجاة الجانى وذويه من شرور الانتقام والغيلة ولذا كانت فكرة دفع المال فى الجاهلية تقوم على طلب التعويض وأمن الجانى من شر الانتقام . وكان من عادة العرب

فى الجاهلية ومن سمات فخرهم مسارعة أفراد القبيلة إلى جمع هذا المال ودفعه إلى أهل المجنى عليه بل كان سيد القبيلة فى كثير من الأحوال يقوم بدفعه من ماله الخاص .

وكان هذا المال يعرف بينهم باسم الدية تارة وباسم الارش تارة أخرى ففى القاموس المحيط الدية بالكسر حق القتيل جمعه ديات ويقال فى الفعل وداه كدعاه إذا أعطى ديته والارش الدية ومايدفع فيما بين السلامة والعيب من قيمة مالية وجمعه أروش .

الدية فى عرف الفقهاء :

عرفها صاحب التبيين الزيلعى بأنها اسم للمال الذى يدفع بدل النفس أو الطرف — وبمثل ذلك عرفها قاضى زادة فى تكملة فتح القدير « نتائج الأفكار فى كشف الرموز والأسرار » والرملى أحمد بن شهاب فى نهاية المحتاج ، وفرق بعض الفقهاء بين الدية والأرش فالإمام السرخسى يقول فى مبسوطه الدية مال مؤدى فى مقابلة متلف ليس بمال وهو النفس . والأرش بدل ما دون النفس. ويقول ابن عابدين فى حاشيته على الدر : الدية اسم للمال الذى هو بدل النفس والأرش اسم للواجب فيما دون النفس . ولكن هذه التفرقة لم يراعها بعض الفقهاء إذ نجدهم يستعملون كلمة دية أيضاً للدلالة على المال الواجب فى الأطراف أو الجروح كما يستعملون كلمة أرش فيما تدل عليه الدية ومنهم الذين عرضوا لهذه التفرقة وسأراعى هذه التفرقة فى موضوعنا هذا فأخص بدل النفس باسم الدية وبدل ما دونها باسم الأرش .

وقد سمى بدل النفس عقلا كذلك إذ كان يؤتى بالدية من الإبل يتوجه بها ليلا إلى فناء أولياء المقتول فيعقلونها فيجدها أولياء المقتول صباحاً معقولة بفنائهم ولذلك سميت عقلا كما سمى من يدفع الدية عاقلا ومن هذا المعنى قيل العاقلة .

مشروعيتها :

لم تكن شريعة الدية كما ذكرنا شريعة ابتدعها الإسلام بل كانت معروفة قبل ظهوره عند العرب وعند غيرهم وإنما جاءت الشريعة الاسلامية مكملة لما كان بها من نقص يحول دون تأديتها للغرض الذى يجب أن يطلب منها فأسستها على قواعد ثابتة وهذبتها بما يؤدى الى وفائها بالغرض منها وكان ذلك إقراراً لها على الأسس التى أقامتها عليها فجاء ذكرها فى الكتاب فى مواضع عديدة سنعرض لها فيما يأتى من الشرح والبيان ومن ذلك قوله تعالى « كتب عليكم القصاص فى القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى فمن عفى له من أخيه شىء فاتباع بالمعروف وأداء إليه باحسان » (البقرة) وروى البخارى والشافعى والدارقطنى عن ابن عباس قال كان فى بنى إسرائيل القصاص ولم تكن فيهم الدية فقال الله تعالى لهذه الأمة « كتب عليكم القصاص فى القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى فمن عفى له من أخيه شىء — فالعفو أن يقبل ولى الدم الدية فى العمد — فاتباع بالمعروف وأداء إليه باحسان ذلك تخفيف من ربكم ورحمة مما كتب على من كان قبلكم.

وقوله تعالى « وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمنا إلا خطأ ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا » النساء .

وقد تكفلت السنة ببيان مقدارها وكيفيتها فعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن من قتل خطأ فديته من الإبل مائة : ثلاثون بنت مخاض وثلاثون بنت لبون وثلاثون حقة وعشرة ابن لبون — أخرجه أبو داود والشافعى[١] . وكان مما قضت به الشريعة الاسلامية فى الدية أن أصبحت واحدة لا تختلف باختلاف حال المجنى عليه قوة وشرفا وحسباً ونسباً وعزة وضعة وتغيرت طبيعتها وزال عنها عنصر

---

(١) بنت المخاض ما دخلت فى السنة الثانية وبنت اللبون ما دخلت فى الثالثة والحقة ما دخلت فى الرابعة .

الانتقام الذى كان يدعو إلى التغالى فيها إذا ما كان جانب المجنى عليه أشد قوة وأشد سلطانا من جانب الجانى وإلى قلتها أو إغفالها أو إعتبارها تفضلا وإحساناً إذا كان جانب المجنى عليه ضعيفا عديم البأس والحيلة وتساوى فيها الرفيع والكبير والصغير والأمراء والسُّوقة .

الهدف من الديات :

لقد أشرنا فيما سبق إلى أن شريعة الديات شريعة قديمة عرفت وطبقت قبل الاسلام فى كثير من الأمم إن لم يكن ذلك فى جميعها لاتساقها مع النزعات الطبيعية والرغبات النفسية والميول الاجتماعية ولذا كانت معروفة ومطبقة فى العصر الجاهلى ، كما ذكرنا يدعو إليها حب الانتقام من المسىء باعتبارها أذى يصيبه فى ماله جزاء إساءته لغيره وفى ذلك ترضية لمن أسىء إليهم بشفاء صدورهم مما سببته تلك الاساءة من حقد وبغضاء ثم كانت مع ذلك وقاية مما يتوقعه المسىء من أذى يصيبه ممن أساء إليه ليثأر منه .

وكان فى اختلافها باختلاف حال من مسه الأذى شرفا وضعة وقدرا وخسة فى معنى التعويض أو الثمن عن دمه المسفوك . ذلك كان وضعها فى الجاهلية قبل الاسلام فهل ظلت على هذا الوضع بعد الإسلام وبعد أن تناولتها الشريعة الاسلامية بالتهذيب والتعديل ؟

لقد عرفنا أن ضمان المـــال الذى يدفع لمن أصابه ضرر فى ماله إنما يقوم فى الشريعة على فكرة التعويض وإزالة ذلك الضرر برد الأمر إلى ما كان عليه قبل حدوثه وذلك لا يتحقق إلا فى الضرر المالى الذى يتمثل فى فقد المال ليحل محله ما يعوضه من مال يرد الأمر إلى ما كان عليه قبل الفقد ولذا لم ير فقهاء الاسلام محلا للضمان المـالى أو التعويض بالمـال عن ضرر لا يرتفع بدفع المـال وهذا فى كل حال لا يترتب على الاعتداء فيها فقد مال قائم ومن ثم لم يروا التعويض فى الأضرار الأدبية ولا فى الضرر بفقد الأمل

فى مال متوقع حدوثه اذ ليس فى دفع المال فيها إعادة الأمر إلى ما كان عليه وعلى ذلك فماذا يكون وضع الديات والأروش بالنظر إلى هذا الأساس وليست إلا أموالا تدفع فيما لا يعد مالا أو فيما لا يقوم بالمال وذلك لعدم تقوم نفوس الأحرار وإبدانهم وأعضائهم وعدم إعتبارها من الأموال وهذا بخلاف الأمر فى الأرقاء اذ يستوجب الاعتداء عليهم ايجاب التعويض المالى على المعتدى بدفع قيمة ما فقد من أبدانهم لاعتبارهم مالا تجرى فيه المعاملات المالية بيعا وشراء ومبادلة . وبناء على ذلك يقوم التساؤل عن الأساس الذى بنى عليه الشارع الاسلامى شريعة الديات والأروش . فى تقديره الديات والأروش بخاصة اذا روعى ما يدل عليه قوله تعالى : « ومن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » (البقرة) وقوله تعالى « وجزاء سيئة سيئة مثلها فمن عفى وأصلح فأجره على الله إن الله لا يحب الظالمين » (الشورى) وقوله تعالى « والذين كسبوا السيئات جزاء سيئة بمثلها » (يونس) وما توجبه هذه الآيات من التساوى بين السيئة وجزائها هو الأصل الذى بنيت عليه شريعة القصاص التى أوجبها قوله تعالى : يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص فى القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى » (البقرة) وقوله تعالى : « وكتبنا عليهم فيها أن النفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص » (المائدة) وليس بين المال والنفس أو بين المال وقطع الطرف أو بين المال والجرح تماثل وتساو .

الذى يبدو أن الشارع الحكيم قد لاحظ أن عقوبة القصاص مع قيامها على مبدأ المساواة بين الجريمة والجزاء لا تصلح فى جميع الأحوال لأنها إن صلحت فى بعض أحوال العمد لا تصلح فى بعض حالات أخرى من حالاته لا تتحقق فيها المساواة بين الجريمة والجزاء لعدم إمكانها كما لا تصلح للسبب نفسه فى أحوال الخطأ اذ لم يقصد الفاعل فيها احداث ما وقع من الضرر وكان اعتباره ضررا سماويا أقرب من اعتباره ضررا مسئولا عنه من أحدثه ومن الظلم

فى هذه الأحوال أن يفعل به مالم يرد أن يصيب به غيره أو مثل ما صدر منه على غير إرادته واختياره.

ومن أجل ذلك عدل فى هذه الأحوال عن مبدأ المساواة والتماثل بين الجريمة والجزاء ولم يشرع فيها القصاص غير أنه لم يكن من العدل مع ذلك إعفاء الجانى فيها من المسئولية وكان من الواجب أن يصان دم الإنسان من الهدر وأن يضمن الفاعل ما به تخف آلام المجنى عليه أو ضرره ويذهب عنه بقدر الإمكان غيظ القلوب وحقد النفوس. وللمال فى هذه السبيل أثره الطيب المعروف فى تخفيف الآلام وشفاء ما فى الصدور لما يؤدى إليه من أذى لدافعه بنقص ماله ومنافع لمن دفع إليه يطيب بها عيشه ويجد فيها معونته على الحياة ومطالبها فكان ذلك أساس شرع الديات والأروش فضلا عما قد يترتب عليها من الزجر والردع لمن تحدثه نفسه بأذى يمس غيره.

والدية بهذا الاعتبار تشبه الغرامة والعقوبة من جانب وتشبه التعويض من جانب آخر وليست بالتعويض المحض ولا بالعقوبة المحضة لعدم اختلافها باختلاف الجرائم كبرا وصغرا وقوة وضعفا وليس هذا شأن العوض ولا شأن العقوبة بل الشأن فيهما الاختلاف ثم هى من ناحية أخرى لا تجب فى مال الجانى فى كثير من أحوالها بل تجب على العاقلة. والعقوبة إنما تنزل بالجانى لا بغيره وذلك لقول الله تعالى «ولا تزر وازرة وزر أخرى» (النجم) كما أن عدم متابعتها للجريمة عظما وضعفا يتنافى مع اعتبارها عوضا. وإذا لم تكن الديات والأروش تعويضا كاملا أو تعويضا محضا فذلك ما يدعو إلى التساؤل عن حق المجنى عليه عند وجوب الدية له فى طلب تعويض آخر مع الديات والأروش عما أصابه من ضرر بناء على أنها لم تشرع تعويضا كاملا عن جميع ما يصيب المجنى عليه ولم يلاحظ فيها إلا أنها تعويض عن حق الحياة الذى يتساوى جميع الناس فى التمتع به وقد قدره الشارع ولم يجعله مختلفا باختلافهم ومن ثم كان مقداره واحدا يستوى فيه الناس جميعا إنه إذا أريد بهذا

التساؤل بيان رأى الفقهاء فى ذلك فهذا ما يعنينا بيانه لأن الفقهاء على اختلاف مذاهبهم لم يتعرضوا لهذا الموضوع نفيا أو إثباتا بصورة صريحة كما لم يؤثر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فيه أثر خاص ولم يكن فى بيان حكمه إجماع وكل ما أثر عن الفقهاء مما يمكن أن يكون له شبه اتصال بذلك قولهم عند كلامهم على الديات ومقاديرها أنه ليس للمجنى عليه أن يتجاوز المقادير المقررة لها شرعا . والبادى أنهم يريدون بذلك منع التجاوز باعتباره زيادة فى الديات المقررة من الشارع . وهذا لا يمنع القول بأن ينال المجنى عليه تعويضا ماليا ينظر فيه إلى تعويض ماحدث فشرع الديات لتعويضه تحقيقا لرفع الضرر، ويؤيد هذا ماذهب إليه بعض الفقهاء من جواز زيادة التعويضات المقدرة من الشارع بطريق التعزير إذا اقتضت مصلحة المجتمع ذلك إذ لم يكن تقديرها مانعا من الزيادة عليها عندئذ فإذا رؤى أن ثمة ضررا كبيرا نزل بالمجنى عليه بسبب هذه الجريمة فليس من العدل عدم مراعاته والتسوية فى الجزاء بين جريمتين أحدهما لم تحدث ضررا ذابال وأخرى أحدثت ضررا عظيما وكيف يمكن حينئذ أن نتصور تحقيق التماثل فى الصورتين بين الجريمة والجزاء فى حين أن الجزاء فيهما واحد والجريمة فيهما مختلفة ومتفاوتة وكذلك ضررها تفاوتا عظيما غير أنه يلاحظ مع ذلك وقد قام التعويض بالمال فى الفقه الإسلامى على أساس المبادلة والمعاوضة بين المال الفاقد والجزاء فإنه يجب لذلك أن ما يدفع من المال تعويضا مضافا إلى الديات والأروش مقابلا بضرر مالى يجوز الاعتياض عنه وبعبارة أدل على المعنى المراد فإن التعويض يجب أن يكون عن ضرر مالى يتمثل فى فقد مال كان قائما وذلك ما لا يتحقق غالبا فى الأحوال التى تجب فيها الديات والأروش وهذا ما تقضى به نظرية الضمان فى الفقه الإسلامى — ولكن إذا ما أمكن إقامة الضمان على نظرية أخرى هى تخفيف الألم عن المصاب وإرضاء نفسه واستلال الغل والحقد من قلبه وذلك ما يقوم به المال يدفع إليه إرضاء له أمكن حينئذ على هذا الأساس القول بجواز التعويض عن ضرر لم يلاحظ فى فرض الدية وتقديرها وقد

يؤيد هذا أن الديات حين شرعت وعرفت شرعت للغرض الذى أشرنا إليه آنفا كما بينا ذلك وأن الشريعة حين أقرتها فى ذلك الوسط وسط البادية حيث يعيش أهلها من الرعى ونتاج الحيوان والنعم وثمار النخيل وما أشبه ذلك أقرتها دون نظر إلى الصناعة والعمل على مستوى الناس جميعا إذ لم يكن ضرر الجرائم فى هذا الوسط يتعدى إلى غير الألم الجسمانى أو النفسى الذى يعتاض عنه بالديات أما فى عصرنا هـذا فقد تضاعفت فيه متطلبات الحياة وحقوقها وواجباتها وتكاليفها مما جعل غالب الناس يعيش من عملهم وكان ضرر الجريمة لا يقف عند الأضرار الجسمانية أو النفسية بل كثيرا ما يتجاوزها إلى أضرار مادية تحول دون العمل وكسب المال مما كان متوافر للمجنى عليه من قبل وفى مثل هـذه الأحوال قد يرى من العدل أن يكون لمن أصابته تلك الأضرار أن يطالب بتعويض عنها فوق ما يعطاه من دية وبخاصة إذا لاحظنا أن ذلك لا يعدو أن يكون تعويضا عن فقد منافع ليس ما يمنع من اعتبارها أموالا يستعاض عنها بالمال إذ لم يرد عن الشارع بيان فيما يعتاض عنه بالمال من المنافع وما لا يعتاض عنه بالمال وإنما الأمر فى ذلك يجب أن يرجع فيه إلى العرف .

ومن البين أن القول بذلك لا يتنافى مع وجوب الدية فإن الدية كما قدمنا لا تعد تعويضا كاملا لعدم تفاوتها قدرا بتفاوت الاعتداء الذى وجبت فيه ضررا . وليس هذا وضع التعويض وبخاصة إذا لوحظ مع هذا وجوبها على غير المعتدى وهو عاقلته كما أنها لا تعد عقوبة لعدم اختصاصها بالمعتدى ووجوبها على غيره ولهـذا اختلفت فيها آراء علماء القانون الجنائى فمنهم من ذهب إلى أنها وسيلة إلى إطفاء ما فى نفس المجنى عليه من حرارة الألم والغيظ فكانت ترضية له بقدر محدود وتعويضا عن نوع من الضرر المعنوى ومنهم من رآها وسيلة لزجر المعتدى وردع غيره فأشبهت لذلك العقوبة وليست عقوبة ومنهم من رآها بدلا عن النفس أو عن الحياة دون نظر إلى

ماترتب على الجريمة من ضرر وعن هذه الآراء ذهبوا إلى جواز طلب التعويض معها على أنه قد يقوم فى سبيل تطبيق ابتناء التعويض على نظرية المعاوضة أن هذه النظرية تستلزم تملك دافع التعويض لما دفع فيه العوض . وذلك مالا يتحق فيما لا يصح تملكه كما فى اتلاف خمر الذمى ودفع التعويض عنه إذ لا يصح تملك الخمر وهذا نقض يستوجب عدم صحة هذه النظرية وامتناع تطبيقها لعدم اطرادها وإذا امتنع تطبيقها جاز حينئذ تأسيس التعويض على فكرة ارضاء النفس وزوال الحقد وعندئذ يصح أن يضم إلى الديات ما يرى وجوبه من تعويض مالى .

ما يستوجب الالزام بالدية :

يستوجب الالزام بالدية أو بالأرش الاعتداء فى غير عمد على النفس بازهاق الروح أو على ما دونها من أجزاء الجسم بما يحدث فيه أثراً كما يستوجبها كذلك هذا الاعتداء إذا كان عن عمد امتنع القصاص فيه بسبب من الأسباب المانعة منه شرعا وفيما يلى بيان ضروب هذا الاعتداد فيما ذهب إليه الفقهاء .

١ — يرى الحنفية أن الاعتداء على النفس بإزهاق الروح قد يكون عمداً أو شبه عمد أو خطأ أو جرى مجرى الخطأ كما يكون بطريق التسبب .

فيكون عمداً إذا كان بسلاح أو بما يشبه السلاح مما يفرق الأجزاء ويستعمل فيه السلاح من كل محدد من جسم صلب كالحجر والخشب أو غير صلب كالنار . وهذا عند أبى حنيفة وذهب أبو يوسف ومحمد إلى اعتبار القتل بغير سلاح من كل ما يحدث به الهلاك غالباً وإن لم يكن معتاداً من قبيل شبه العمد كالضرب أو الرمى بحجر عظيم أو خشبة عظيمة .

ويكون شبه عمد إذا كان إزهاق الروح فيه عن عمد بما ليس سلاحاً

ولا بما أجرى مجرى السلاح سواء أكان الهلاك به غالباً كما فى الضرب بالحجر العظيم أم لم يكن غالباً كما فى الضرب بالسوط ، وهذا عند أبى حنيفة .

وقال صاحباه شبه العمد هو ما يكون إزهاق الروح فيه عن عمد بما لا يحصل به الهلاك عادة كالضرب بالعصا عند عدم تواليه ، أما إذا توالى فأزهق الروح كان عمداً عندهما وشبه عمد عند الإمام .

ويكون خطأ إذا كان عن خطأ فى القصد كأن يرمى إنسان شخصاً على ظن أنه صيد فإذا هو إنسان أو كان عن خطأ فى الفعل كأن يرمى إنسان هدفاً معيناً فيصيب إنساناً لا يقصده . أما ما أجرى مجرى الخطأ فكأن ينقلب نائم على طفل فيقتله ، والقتل بطريق التسبب كأن يحفر إنسان بئراً فى غير ملكه فيتردى فيه إنسان فيموت .

٢ — ويرى الشافعية أن أنواع الجناية على النفس ثلاثة عمد وخطأ وشبه عمد ، فيكون عمداً عند قصد الفعل والشخص بما يقتل غالباً سواء أكان جارحاً أم مثقلا أم ليس كذلك فإن فقد أحد القصدين فخطأ كأن قصد رمى شجرة أو آدمى فأصاب غير ما قصده فمات ، ومن الخطأ إنقلاب نائم على طفل أدى إلى موته لعدم القصد من النائم .

وإن قصد الفعل والشخص بما لا يقتل غالباً فمات وأمكن فى العادة نسبة الهلاك إليه فشبه عمد وذلك لوجود القصد ، ولكنه لا قصد فيه إلى قتل بدليل الآلة المستعملة وإن أدى إلى قتل منسوب إليه . ومنه الضرب بالسوط بلا توال أما إذا لم تكن نسبة الهلاك إليه مقبولة معروفة فهدر كضرب بنحو قلم فى غير مقتل .

ومن العمد عندهم كل فعل يؤدى إلى الهلاك غالباً سواء أكان بمحدد

أو بمثقل أو بغير ذلك كغرز إبرة فى مقتل وكالحيلولة دون نزف جرح وكحبسه ومنع الطعام عنه أو إطعامه طعاماً مسموماً بقصد قتله أو إلقائه فى بحر أو نهر وهـــو لا يحسن السباحة أو غمره بدخان سلط عليه بقصد اختناقه .

وقريب من هذا البيان فى أنواع بيان القتل المالكية فالفرق بينهم يسير جداً .

٣ — ويرى الحنابلة أن القتل أنواع ثلاثة : عمد وشبه عمد وخطأ . فالعمد يكون حين القصد إلى قتل إنسان بما يغلب على الظن القتل به ومن ذلك الشهادة أمام القضاء بما يوجب قتل المشهود عليه شرعاً . وشبه العمد يكون عند القصد بما لا يقتل غالباً إذا لم يحدث من ذلك جرح مميت ومنه القتل عن طريق التسبب عند القصد إليه . وأما الخطأ فضربان : خطأ فى القصد كأن يرمى من يظنه صيداً فإذا هو إنسان أو بفعل ما له فعله وما هو حق له فيقتل بذلك إنسانا دون قصد إلى ذلك.وخطأ فى الفعل ويكون عندما يرمى صيداً فيصيب إنساناً أو يفعل ما يتسبب عنه قتل إنسان بلا قصد .

وموجب القتل من المـــال إذا لم يكن عمداً الدية باتفاق جميع المذاهب أما إذا كان عمداً فموجبه القصاص والإثم لقوله صلى الله عليه وسلم العمد قود أى قصاص وذلك ما لم يمنع من القصاص مانع ، أما عند المانع منه فالواجب الدية بدلا عنه وموانع القصاص عديدة وتختلف باختلاف المذاهب وذلك نتيجة لاختلافهم فى شروط وجوبه ، فإذا فقد شرط منها لم يجب ووجبت الدية حتى لا يهدر الدم وبيان ذلك فى بيان القصاص وشروطه وما هو محل اتفاق منهاوما هو محل اختلاف بين المذاهب. فتوفر القصد من الجاني شرط في القصاص باتفـــاق فإذا لم يتوفر بأن لم

يكن منه قصد إلى القتل أو قصد إلى المجنى عليه كما تقدم فى بيان الخطأ لم يجب القصاص ووجبت الدية .

ولذا تجب الدية فى جناية المجنون والصبى دون القصاص لعدم القصد المعتبر شرعاً .

وتوفر المكافأة بين الجانى والمجنى عليه شرط فى القصاص عند بعض الفقهاء وليس شرطاً عند آخرين ولذا ذهب الحنفية إلى أنه يقتص من الحر إذا قتل العبد لتحقق المكافأة الإنسانية وحق الحياة وكذلك يقتص من المسلم بالذمى وخالف فى ذلك الشافعية فأوجبوا الدية على القاتل فى هذه المسألة وأمثالها ولم يوجبوا القصاص لعدم المكافأة فى نظرهم فى الإسلام والحرية والملك ولورود الآثار بذلك فيما صح عندهم من الأخبار وعلى ذلك فموجب شبه العمد وكذلك العمد إذا امتنع القصاص فيه لسبب من الأسباب الدية والدية الواجبة فيه عندئذ الدية المغلظة .

أما موجب الخطأ وما جرى مجرى الخطأ والقتل تسبباً فالدية المخففة وسيأتى بيان ذلك عند الكلام على مقدار الدية .

مما تقدم يبين أن الواجب فى العمد هو القود وأن الواجب فيما عداه الدية ، غير أن موجب العمد كان محل خلاف بين الفقهاء فى بيانه فقد ذهب أبو حنيفة وأصحابه ومالك فيما رواه أبو القاسم عنه والثورى وآخرون إلى أن موجبه هو القود عيناً وليس لولى الدم إلا حق القصاص فــله طلبه وليس له غيره من دية أو عوض إلا برضا القاتل فيستحق ذلك عند وجوبه بالاتفاق والصلح لا بالقتل .

وذهب الأوزاعى والليث فى رواية أشهب والشافعى وأحمد إلى أن موجب العمد إبتداء هو القود والدية بدل عنه ومن حق الولى أن يعدل عنه

إليها باعتبارها بدلا شرعياً عنه ولذا يكون له الخيار بين طلب القصاص وطلب الدية وإن لم يرض القاتل ويستند أصحاب هذا الرأى الأخير إلى ما رواه أبو شريح الكعبى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فى خطبته يوم فتح مكة ألا أنكم يا معشر خزاعة قتلتم هذا القتيل من هذيل وانى عاقله فمن قتل له بعد مقالتى هذه قتيل فأهله بين خيرتين أن يأخذوا العقل أو يقتلوا رواه أبو داود وقال الترمذى حديث حسن صحيح .

وفى رواية عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من قتل له قتيل فله إما أن يقتل أو يعفوا أو يأخذ الدية كما روى عنه من قتل له قتيل فهو بخير النظرين إما أن يقتل وإما أن يودى ويرون أن حق العبد بسبب القتل قد شرع جابراً .

وفى كل من القود والدية ضرب من الجبر فكان له أن يختار ما يسد حاجته ويتعين به الواجب كما فى الكفارات عند التخيير مثل كفارة اليمين وكما فى المثلى إذا وجب ثم انقطع فلم يوجد إذ لمن وجب له أن يرضى بالقيمة فى الحال أو يصبر إلى أن يوجد المثلى ثانية،ولأن الدية باختيارها قد تعينت دافعاً لهلاك الجانى قصاصاً وهو بامتناعه عنها حينئذ متعنت وماق بنفسه إلى التهلكة فيجبر عليها ولا يحتاج الى رضاه كالمضطر إذا وجد مال الغير ومعه ثمنه فإنه يتعرض له شرعاً بجبره على أخذه بثمنه إحياء لنفسه .

واستند أصحاب الرأى الأول الى ما يدل عليه ظواهر الكتاب العزيز من إيجاب القصاص فى القتل مع اقتصاره عليه دون ذكر للمال إذ يقول الله فى كتابه « كتب عليكم القصاص فى القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى » فدل ذلك على أن القصاص موجب القتل لا المال . وإلى أن استحقاق مال إنسان لا يكون إلا بتجارة عن رضا منه لقوله

تعالى « لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » أو بإيجاب من الشارع وإلىما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم من قضية الربيع حين كسرت ثنية جارية إذ قال صلى الله عليه وسلم كتاب الله القصاص ، فأخبر أن موجب العمد القصاص وما روى عنه صلى الله عليه وسلم من قوله صلى الله عليه وسلم العمد قود — وقد قال تعالى فى كتابه « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » .

ولا شك أن المثلية إنما تتحقق عند القتل بالجزاء عليه بالقتل وهو القود ، وإذا كان المثل هو القود وذلك بإتلاف نفسه كما أتلف نفس غيره وإنه يكون كالمتلف مال غيره عندما يكون له مثل إذ ليس له عندئذ أن يعدل عن مثله فى التعويض إلا برضا صاحب المال ، ولو كان للولى الاختيار بين القود وأخذ الدية لما اقتصر الرسول عليه الصلاة والسلام عليه فى بيانه جزاء القتل . ويؤيد ما ذكر ما نقل عن ابن عباس من قوله العمد قود لا مال فيه . والمال لا يصلح جزاء وموجباً لعدم المماثلة بينه وبين النفس صورة ومعنى فلا يصلح جابراً . والقصاص يصلح جابراً للتماثل صورة ومعنى لأنه قتل بقتل ولأن المقصود بالقتل قصاصاً الانتقام وذلك ما يتحقق بقتل الجانى والمراد بما روى من ثبوت الخيار للولى إثباته له عند إعطاء القاتل الدية فهو إن شاء أخذها وعفا بأخذه إياها وإن شاء رفض وتمسك بالقصاص . وتخييره هذا لا ينافى رضاء الآخر الثابت باقدامه على الدفع والأداء ويماثل هذا قوله صلى الله عليه وسلم فى السلم لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك أى لا تأخذ إلا سلمك عند المضى فى العقد ولا تأخذ إلا رأس مالك عند التفاسخ نخيره بينهما . ومعلوم أنه لا يأخذ رأسماله إلا برضا المسلم إليه لأن الفسخ لا يتم إلا بتراضيهما .

وجملة القول أن النصوص صريحة فى أن موجب العمد القصاص ولذا صح

العفو عنه عند اختياره. وإذا كان هو الواجب الأصلي لم ينفرد الولى بالعدول عنه إلى بدل إلا بالتراضى ليحقق معنى المعاوضة حينئذ وهى تقـــوم على التراضى .

وبناء على ما تقدم ذهب الحنفية إلى أن الولى إذا عفا وكان عفوه مطلقا لم يجب شيء من المال على القاتل وإن كان نظير مال لم يجب إلا يرضى القاتل زاد ذلك المال على الدية أو نقص عنها أو ساواها فإذا لم يرض سقط القصاص ولم يجب شيء على القاتل وإنما سقط القصاص فى هذه الحال لأن جنوح الولى إلى المال بدلا عنه يعد تركا له .

وكان لولى الدم عند الحنفية ألا يرضى بغير القصاص من القاتل ولا يجبر على أخذ الدية منه إذا ما رغب القاتل فى ذلك ولا تجب الدية إلا باتفاقهما فيكون وجوبها أثرا ونتيجة للاتفاق لا أثرا للجريمة ولذا كان هذا الاتفاق صلحاً له أحكام الصلح فيلزم بما تم الاتفاق عليه من مال زاد على الدية أو نقص عنها أو ساواها وقد كانت تجرى بذلك عادة العرب قبل الإسلام فلم يكن يجب مال فى قتل إلا بناء على صلح وتراض .

أما على قول الشافعية ومن ذهب مذهبهم فالأمر لولى الدم ان شاء اقتص وإن شاء عفا وإن شاء أخذ الدية وإن لم يرض بها الجانى وله العفو على الدية أو على أقل منها دون أن يتوقف نفاذ ذلك وإلزام الجانى بما تضمنه من البدل على رضاه سواء أقلنا إن موجب العمد هو القود والدية بدلا عنه كما سبق أم قلنا أن موجب العمد أحدهما وهو القول الثانى عند الشافعى وهذا ما يؤيده ما فى الصحيحين من قوله ﷺ من قتل له قتيل فهو بخير النظرين إما أن يؤدى وإما أن يقاد ، وعلى القول الأول وهو ماذهب إليه الحنفية إذا أطلق العفو فلم يعلقه على بدل سقط القصاص ولادية وقوله تعالى « فاتباع معروف وأداء إليه بإحسان » محمول عن العفو على الدية .

ولهذا إذا اختار الدية عقب العفو المطلق وجبت إذا كان عفواً عن القود لأنه الواجب حينئذ ووجبت لا لتحاق عبارته بعفوه فكأنه علقه عليها - ولو عفا عن الدية ابتداء لغى عفوه لأنه عفو عما لم يجب ولم يستحق ولذا كان له العفو عن القود بعد عفوه عن الدية ابتداء لبقاء وجوبه - ولو عفا على غير جنس الدية من المال لزم البدل إن رضى الجانى وإلا لم يلزم وبقى حق القود على الأصح ومقابله يسقط القود لرضا الولى بالصلح عنه وإن لم يتم .

ولو تصالحنا على بدل هو من جنس الدية وكان أكثر منها لغى على القول الذى ذهب إليه الشافعية وهو أن الموجب أحدهما مبهماً ويصح على القول بأن الموجب ابتداء هو القود وهو رأى الحنفية وإنما لم يصح على قول الشافعية لأنه يعد صلحاً عن واجب هو الدية بأكثر منه من جنسه وفى ذلك ربا[1] .

وأما قوله تعالى بعد ذكر القصاص « فمن عفى له من أخيه شىء فاتباع معروف وأداء إليه بإحسان » فليس فيه ما يؤيد أحد الرأيين صراحة إذ قد يكون المعنى فيه أن القاتل إذا عفى له ولى المقتول عن دم مقتوله وأسـقط القصاص فإن الولى يأخذ الدية ويتبع بالمعروف ويؤدى إليه القاتل بإحسان وعليه يكون المراد باسم الموصول «من» القاتل و «بالأخ» المقتول و «بشىء» الدم الذى يعفى عنه ، ويرجع إلى أخذ الدية وهذا قول ابن عباس وقتادة ومجاهد .

وروى عن مالك أن المراد « بمن » الولى ومعنى « عفى له » يسر له والمراد « بالأخ » القاتل « وبشىء » الدية أى أن الولى إذا جنح الى الدية بالعفو عن القصاص فإن القاتل مخير بين أن يعطيها أو يسلم نفسه ، وغير مالك يقول إذا رضى الأولياء بالدية فلا خيار للقاتل بل يلزمه ، وقد روى هـذا أيضاً عن مالك .

---

(١) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٦٩ .

وفى رأى أن معنى « عفى » يبذل والمعنى فإذا بذلت الدية للولى فاتباع بمعروف وأداء إليه بإحسان ولذا لم يكن فى الآية ما يؤيد أحد الرأيين .

شروط وجوب الدية :

يشترط لوجوب الدية فيما يصيب النفس أو ما دونها خمسة شروط :

١ — الأول أن يكون مايستوجب الدية فعلا غير مشروع إذ أن إقدام الشخص على فعل هو حق له لا يترتب عليه مساءلته متى لم يتجاوز حقه الشرعى فيه ولو تسبب عنه تلف أو ضرر ومن ذلك القتل يقدم عليه الشخص فى حال الدفاع المشروع إذا لم يتجاوز حدوده كأن يقتل شخص آخر دفاعاً عن نفسه أو عن أهله أو عن ماله . وكأن يجد رجلا مع امرأة يزنى بها ويعلم أنه لا ينزجر بالصياح أو الضرب بما دون السلاح فيقتله إزالة ومنعاً للأمر المنكر كما يكون له أيضاً قتلها إن علم أنها مطاوعة له . لأن ذلك من قبيل إزالة المنكر وهو حق متعين عليه فى هذه الحال[1] فلا يسأل عنه وذلك إذا لم يجد وسيلة لصرفه ومنعه عن هذا المنكر إلا بقتله . أما الأب إذا ضرب ولده أو المعلم إذا ضرب صبيه أو الزوج إذا ضرب زوجته فأدى ذلك إلى تلف نفس أو عضو فإنه يضمن بفعله فى قول أبى حنيفة والشافعى إذ لايكون ذلك إلا عند تجاوزه الحد الشرعى ، فاذا لم يجاوز الحد كان ذلك من باب القضاء والقدر . وذهب مالك وأحمد إلى سؤاله لأن الأثر الذى ترتب على فعله دليل تجاوزه الحد . ولا يسأل الطبيب الممارس للطب عما يصيب المريض بسبب علاجه لقول النبى ﷺ ليس على مداو أو ضمان — وقوله من طَبَّ ولم يعلم عنه قبل ذلك طب فهو ضامن . وكذا لا ضمان على من قتل شخصاً محكوماً عليه بالقتل لردة أو قصاص وإن عزر لارتكابه ما ليس له فعله .

---

(١) البحر جزء ٥ ص ٤٥

٢ — أن يكون سبب القتل أو التلف فعلا ماديا فمن أخبر شخصا بخبر ففزع منه فمات فلا ضمان عليه .

٣ — ألا يكون المجنى عليه قد اشترك فيما أدى إلى إصابته اشتراكا يمنع من إضافة الجناية إلى من أحدثها أما إذا لم يمنع فان على محدثها الضمان وعلى ذلك إذا أعطى إنسان آخر السم فتناوله وهو لا يعلم أنه سم فمات فلا قصاص ولا دية عند أبى حنيفة ولكن ذلك لا يمنع من التعزير بحسب ما تقضى به الحال والظروف ولكن لو وضعه فى طعامه المعد لأكله فأكله فمات كان عليه ديته كما لو أوجره فى فيه ولو وضعه فى شراب غير معد لشربه فشربه فلا دية ولو ألقى شخص آخر فى الماء فغرق لساعته فمات فعليه ديته ولكن لو لم يغرق ولكنه سبح فى الماء مدة ثم غرق فلا دية إذ كانت وفاته فى الأولى بطرحه[1] وفى الثانية لعجزه عن السباحة وكذلك من جرح شخصا جرحا غير قاتل فعالجه بدواء سام أدى إلى موته لم يسأل الجارح إلا عن الجرح فقط ولا دية عليه وهذا بخلاف ما إذا عالجه بما يشفى به الجرح عادة فمات إذ يجب عليه الدية لسريان الجناية إلى النفس .

٤ — يجب فيمن تجب بقتله الدية أن يكون معصوما فلا دية فى قتل الحربى والباغى لعدم العصمة وتجب فى قتل الذمى والمستأمن خطأ وكذلك فى قتل المعاهد لقوله تعالى « فان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة وعلى ذلك فالحربى إذا أسلم فى داره دار الحرب فقتله بها مسلم أو ذمى خطأ لم تجب بذلك القتل دية عند أبى حنيفة خلافا للشافعى إذ أوجب فيه الدية لأن أمنه إنما يكون بالدار لا بالإسلام ، وليست الدار دار أمن وعند الشافعى يكون أمنه بالإسلام ويستدل باطلاق قوله تعالى

---

(١) الشلبى على الزيلعى جـ ٦ ص ١٠١ .

ومن قتل مؤمنا خطأ فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة فكأن ممن تناوله النص .

ويرى الحنفية أن الآية لا تتناوله إذ المراد بالمؤمن فيها المؤمن من كل وجه وهو من أسلم وهاجر فكان له الأمن من ناحية الدين والدار ، وهذا ليس له أمن من ناحية الدار لأنه مكثر لسواد الكفار فكان لذلك منهم لما أثر عن رسول الله ﷺ من قوله من كثر به سواد قوم فهو منهم ولهذا لا تتناوله هذه الآية ولو تناولته بناء على الإطلاق فيها لم يكن لذكر قوله تعالى فيما بعد وهو قوله فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة فائدة وكان تكراراً بالنظر إلى ما تدل عليه الآية السابقة وتعالى الله عن ذلك . على أن قوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة يدل على أن تحرير الرقبة هو جزاء هذا القتل على وجه الكفاية فلو وجبت الدية مع التحرير لم يكن التحرير جزاء على وجه الكفاية وهذا خلاف ما تدل عليه الآية وتغيير لحكمها . ثم إن عصمة المقتول تعتبر وقت الفعل على أصل أبي حنيفة ومن وقت الفعل والموت جميعاً عند صاحبيه ومن وقت الموت على قول زفر وعلى هذا تخرج مسائل الرمي إذا رمى مسلماً فارتد المرمى ثم أصابه السهم بعد ارتداده فمات فان على من رماه ديته عند الإمام ان كان الرمي خطأ تتحمله العاقلة وان كان عمداً فهي في ماله وعندهما لا شيء عليه . وكذلك عند زفر وان رمى مرتدا أو حربيا فأسلم قبل أن يصيبه السهم ثم مات لا شيء عليه عند الثلاثة وعليه الدية عند زفر وجه قوله أن الضمان انما يجب بالقتل والقتل انما يصير قتلا بفوات الحياة وعند ذلك كان معصوم الدم بإسلامه فتجب الدية وعندهما أن الرامي انما رمى رميا غير مستوجب جزاء لأنه رمى من ليس بمعصوم الحياة فكان عند صدوره غير محظور فلا ينقلب بعد ذلك محظورا بأمر حادث خارج عنه وهو الاسلام وهذا عند

أصحابنا وكذلك الوضع إذا رمى مرتدا فعاد إلى الاسلام قبل موته ثم أصابه السهم فمات عند أبى حنيفة أما عندهما فقد تبين أن الفعل وان صدر حين صدر محظورا إلا أن الحظر فيه انما يكون إذا كان فعلا موجها إلى معصوم الدم فإذا لم يؤد إلى قتل معصوم الدم ، فقد تبين أنه غير محظور فلا يجب شىء عندهما ويؤيد رأى أبى حنيفة فى أن العبرة وقت الرمى لاغير اتفاقهم على هذا المبدأ فى رمى الصيد فقد ذهبوا إلى أن من رمى الصيد وهو مسلم ثم ارتد قبل أن يصيبه السهم ثم أصابه حل أكل الصيد اجماعا وان كان مجوسيا وقت رميه ثم أسلم فأصاب أسهم الصيد فقتله لم يؤكل إجماعا ذلك لأن الرمى هنا نزل نزلة الذبح للضرورة ولاتحل ذبيحة المجوس والأصل فى ذلك أن مايرجع إلى أهلية الفاعل تعتبر فيه أهليته وقت الفعل بلا خلاف ومايرجع إلى محل الفعل فهو على الاختلاف الذى ذكرناه . ولاشك أن وجوب الدية يتصل بالمقتول لابالقاتل فكان محل خلاف على اعتبار الوقت فيه ويختلف الأمر عن ذلك فى الشخص إذا جرح وهو مسلم ثم ارتد فمات بالسراية وهو مرتد إذ أنه لاشىء فيه اتفاقا ذلك لأن الجرح إنقلب فعلا بالسراية وقد تبدل المحل حكما بالردة ، وذلك ماأوجب انقطاع السراية عن ابتداء الفعل كتبديل المحل حقيقة ولم يوجـــد هذا المعنى فى موضوعنا إذ لم يتوسط ما يوجب انقطاع الفعل عما حدث بالمحل من تبدل .

٥ — لاتجب فيمن تجب عليه الدية إلا أن يكون ذاذمة مسلما كان أو كافر ذكرا كان أم أنثى واذن فلا خلاف فى وجوب الدية على الصبى وان كان غير مميز وعلى المجنون وعلى الحر والعبد إنما الخلاف فى المال الذى تجب فيه : أتجب فى مال الجانى أم فى مال عاقلته وسنعرض لذلك عند كلامنا فيما تجب فيه الدية وإذا كان الجانى رقيقا ووجبت عليه الدية فانها تتعلق برقبته فأما فداه سيده بها وإما دفعه فيها .

من تجب الدية فى ماله

يقول الله سبحانه وتعالى فى كتابه من سورة النساء « وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمنا إلا خطأ ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا » والمعنى أن القتل خطأ للمؤمن يستوجب على القاتل تحرير رقبة مؤمنة وأداء دية إلى أهله إلا أن يصدقوا فلا يسألوها ويتركوها صدقة للقاتل وذلك يقتضى أن الدية تجب على القاتل وأن سبب وجوبها هو القتل خطأ وإن ماذهب اليه بعض الفقهاء من أنها تجب على القاتل والعاقلة فيما تحمله العاقلة منها مخالف لمـا تدل عليه الآية لأن الخطاب فيها موجه إلى القاتل لا إليها ولا إليهما جميعا .

والدية الواجبة على القاتل نوعان : نوع يحمله القاتل وحده فى ماله ونوع تحمله عاقلته معه أو تحمله العاقلة وحدها على خلاف فى ذلك بين المذاهب .

ويرجع مبدأ تحمل العاقلة إلى ما كان مألوفا عند العرب قبل الاسلام من تضامن أفراد القبيلة فى الغرامات الجنائية وهى عادة تقوم على التعاون بينهم فأقرها الشارع الإسلامى لما فيها من الخير وجعل ذلك فى الحالات التى يقوم فيها عذر الجانى وهى حالات الخطأ حيث لا يستحق الجانى العقوبة لعدم قصده الضرر والسعى إليه ووقوعه على الرغم منه لا فى حالات العمد والاصرار التى تقتضى تشديد العقوبة على الجانى فلم يكن من المناسب معونته وتحمل العاقلة الدية مشروط بأربعة شروط :

١ - أن تكون الجريمة قد ارتكبت خطأ من غير عمد ولا قصد ولذا كانت جرائم الصغار والمجانين مما تتحمل العاقلة عبئه فى جميع الأحوال لعدم توفر القصد الصحيح فيهم لقصور إرادتهم وعقلهم عند الحنفية والحنابلة والمالكية .

٢ - أن تكون الجريمة قد ثبتت على الجانى بغير إقراره إذ الاقرار حجة على المقر فلا تتحمل العاقلة عندئذ شيئاً إلا إذا صدقته فى إقراره .

٣ ـ ألا تكون الدية قد وجبت بغير القتل فاذا وجبت صلحا لم تتحمل العاقلة شيئاً منها إلا إذا اشتركت فى الصلح .

٤ ـ ألا يقل ما تلزم به العاقلة عن نصف عشر الدية عند الحنفية لأن مادون نصف العشر لامشقة فيه على الجانى فى تحمله وعن ثلث الدية عند مالك وأحمد أما الشافعى فلا يجعل لتحملها حدا أدنى فتحمل أى مقدار وان قلت قيمته .

وذهب أبو بكر الأصم إلى أن الدية على القاتل كلها فى جميع الأحوال إذ لا يؤاخذ أحد بجريرة غيره لقوله تعالى « ولا تكسب كل نفس إلا عليها ولا تزر وازرة وزر أخرى » ويستند الجمهور إلى ماورد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من أنه قضى بالغرة على عاقلة الضاربة والى قضاء عمر رضى الله عنه بالدية على العاقلة بمحضر من الصحابة من غير نكير منهم وما وجبت الدية على العاقلة الا لأن القاتل إنما يقتل بظهر عشيرته فكانوا كالمشاركين له فى القتل فكان عليهم من وزرها ما بينته السنة .

وإذا لم يتجاوز ما وجب من الدية الحد الأدنى لوجوبه على العاقلة كان وجوبه فى مال الجانى ان كان له مال فان لم يكن له مال كان دينا عليه فى ذمته يؤخر منه اذا أيسر .

العاقـــلة :

هم من يلزمون بالدية من العصبة والأقرباء والعشيرة وتسمى الدية عقلا ومعقلة لأن ابل الديات كانت تعقل بفناء ولى دم المقتول ثم توسع فى معناها فشملت ما يجب فى القتل من مال وان كان دراهم ودنانير وقيل انما سميت عاقلة لأنها تعقل لسان ولى دم المقتول أو لأنها تمنع(١) الخطر عن القاتل فلا يخشى ثأرا والعقل المنع .

---

(١) اذا نظرنا إلى نسب رسول الله صلى الله عليه وسلم وجدنا أنه ابن عبد الله ابن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف بن قصى بن كلاب بن مرة بن كعب بن لؤى ابن غالب =

وعاقلة الجانى عند الحنفية هم أهل ديوانه وهم المقاتلون من الرجال الأحرار البالغين العاقلين تؤخذ من عطاياهم وذلك يوم أن كانت الدواوين وكان أهل العطاء. وأول من وضعها عمر بن الخطاب وعلى ذلك لا يشارك فى الدية النساء والذرية والصغار والمجانين لأن أساس وجوب الدية عليهم النصرة ولا تناصر بهؤلاء. واختلف فى دخولهم فى العاقلة اذا ما باشروا القتل بأنفسهم والصحيح أنهم يشاركون كما فى الشر نبلاليه فان لم يكن للقاتل ديوان فعاقلته قبيلته من النسب لأن الاستنصار بهم وان لم يكن له عاقلة كاللقيط والذمى فعاقلته بيت المال فى ظاهر الرواية وروى محمد عن أبى حنيفة أن ديته فى ماله لأن الأصل هو الوجوب فى مال القاتل وانما أخذ من العاقلة بطريق التحمل فاذا لم يكن له عاقلته رد الأمر فيه الى حكم الأصل وهو الوجوب فى ماله. ووجه ظاهر الرواية أن الوجوب على العاقلة لمكان التناصر فاذا لم يكن له عاقلة كان استنصاره بعامة المسلمين وفى بيت المال مالهم فكانت ديته فيه لأنهم عاقلته.

ويدخل فى العاقلة الجانى فيعد واحدا منها.

وعند المالكية عاقلة الجانى عصبته سواء أكانوا أهل ديوانه أم لا كما هو مذهب المدونة قاله البنانى. ويبدأ بالعشيرة وهم الأخوة ثم الفصيلة وهم الأعمام ثم الفخذ وهكذا الأقرب فالأقرب للقبائل هذا وطبقات قبائل العرب سبعة الشعب ثم القبيلة ثم العمارة ثم البطن ثم الفخذ ثم الفصيلة ثم العشيرة.

وقيل أن أهل الديوان مقدمون على هؤلاء ان كان للجانى ديوان فان لم يكن له ديوان أو كان وليس من أهل الديوان فالعصبة على الترتيب فى ولاية التزويج فان لم يكن عصبة فالموالى الأعلون ثم الأسفلون ثم بيت المال فان لم يكن

= ابن فهر بن مالك بن النضر بن كنانة بن خزيمة بن مدركة بن الياس بن مضر بن نذار بن معد بن عدنان ؛ فأولاد الجد الأعلى شعب وأولاد من دونه قبيلة وأولاد من دونه عمارة وأولاد من دونه بطن وأولاد من دونه فخذ وأولاد عمه كالعباس فصيلة أما الاخوة فعشيرة

بيت مال ففي مال الجاني ولا يدخل في العاقلة المجنون والصبي والأنثى والفقير.
والعبرة وقت ضرب الديه على العاقلة والجاني واحد من العاقلة بقدر ماينوبه
على الأظهر ومقابله لا يعد واحدا منهم ولا عقل على غائب غيبة منقطعة وقت
القسمة فلا يضرب عليه عند حضوره ، كما لا يضرب على الفقير عند غناه
ولا على الصغير عند بلوغه [١].

وعند الشافعية عاقلة الجاني عصبته الذكور المكلفون الذين يرثون بنسب
أو ولاء ما عدا أصوله وفروعه لأنهم في حكمه فأعطوا حكمه ويقوم
الأقرب منهم فالأقرب في التحمل كالارث وولاية النكاح فينظر في الأقربين
آخر الحول فإن وفوا بالدية فبها وإن بقي شيء منها فعلى من يلي الأقرب
يوزع عليه ذلك الباقي ويقدم الأخوة ففروعهم ثم الأعمام ففروعهم وهكذا .
ويقدم المدل بأبوين على المدل باب واحد خلافا لمذهبه القديم إذسوى بينهما
لأن الأنوثة لا دخل لها في التحمل ولا يتحمل ذوو الأرحام إلا على القول
بوراثتهم ثم بعد ذلك تجيء عصبته السببية على حسب التقدم في الميراث فإن
لم يكن له عصبة مطلقا فبيت المال فإن لم يكن بيت مال ففي مال الجاني ولا يدخل
الجاني في العاقلة [٢] .

وعند الحنابلة عاقلة الجاني ذكور عصبته من النسب أو الولاء وقريبهم
وبعيدهم وحاضرهم وغائبهم وصحيحهم ومريضهم ولو هرما أو زمنا أو أعمى سواء
ومنهم آباء الجاني وأبناؤه ولا يشترط ميراثهم في الحال بل متى كانوا وارثين
لولا حجبهم عقلوا وليس منهم الزوج ولا المولى من أسفل ولا الحليف . وإذا
عرف نسب الجاني من قبيلة معينة ولم يعلم من أي بطونها هو لم يعقلوا
عنه لأنهم لا يرثونه ولا مدخل لأهل الديوان فلا عقل على أهله كما لا عقل
على أهل المحلة لعدم ميراثهم ولا يعقل فقير ولا صبي ولا مجنون ولا

---

(١) الشرح الكبير ج ٤ ص ٢٨٣ والصغير ج ٢ ص ٣٥٥ .
(٢) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٥٠ .

امرأة لأن مبنى العقل التناصر ولا تناصر بين هؤلاء وليس على مخالفى الدين حمل شىء من الدية ومن لا عاقلة له أو له عاقلة عجزت عن جميع الدية فالدية أو باقيها واجبة فى بيت المال ولا يتحمل الجانى شيئا من الدية لأنها تلزم العاقلة ابتداء .

وفى قسمة الدية على العاقلة يقول أحمد إنما يحملون على قدر ما يطيقون ويرجع فى ذلك إلى اجتهاد الحاكم فيفرض على كل واحد ما يستطيعه ولا يعنته وإلى هذا ذهب مالك وعن أحمد فى رواية أخرى أنه يفرض على الموسر نصف مثقال وعلى المتوسط ربع مثقال لأن مادون ذلك لا تقطع فيه اليد . وإليه ذهب الشافعى .

وقال أبو حنيفة أكثر ما يجعل على الواحد أربعة دراهم وليس لأقل مايفرض عليه حد لأن ذلك مال وجب على سبيل المواساة للقرابة ويستوى الغنى والمتوسط فيه مع ملاحظة أنه ليس على فقير من العاقلة حمل شىء من الدية وكذلك المرأة والصبي والمجنون .

مالا تحمله العاقلة :

لا تحمل العاقلة عمداً ولا عوضا عن جناية عبد ولا صلحا ولا اعترافا وقد روى هذا عن ابن عباس. أما العمد فلوجوب القصاص فيه وهى لا تحمل ما يجب فيه القصاص وأكثر أهل العلم على أنها لا تحمل العمد مطلقا . وحكى عن مالك أنها تحمل الجنايات التى لا قصاص فيها ومنها المأمومة والجائفة وهو قول قتادة لأنها تشبه جناية الخطأ من ناحية أنها لا قصاص فيها وعمد الصبي والمجنون خطأ تحمله العاقلة لأنه لا يتحقق منهما القصد المعتبر ولا يوجب قصاصا فاشبه الخطأ وفى قول للشافعى أنها لا تحمله لأنه عمد يجوز التأديب عليه فأشبه القتل العمد من البالغ ولا تحمل العاقلة فيه

شيئاً والعبد إذا قتل وجبت قيمته فى مال القاتل ولا شىء على عاقلته عمداً كان أو خطأ وهو قول مالك والليث وقال علاء وحماد وأبو حنيفة تحمله العاقلة لأنه آدمى يجب فى قتله القصاص والكفارة فتحمل العاقلة بدله كما فى الحر وروى الرأيان عن الشافعى .

ولا تحمل العاقلة ما وجب بالصلح من المال لأنه وجب بالاختيار كالواجب بالإقرار فلا تحمله العاقلة لأن الاقرار حجة قاصرة لا تحمل العاقلة ما وجب به .

ولا تحمل العاقلة ما دون ثلث الدية لأن وجوبها على العاقلة كان للتخفيف عن الجانى وليس فى تحمل الثلث مشقة ومن الفقهاء من ذهب إلى أنها لا تحمل الثلث أيضا ولا تحمل إلا ما فوقه وقال الشافعى تحمل القليل والكثير فإن من حمل الكثير يحمل القليل .

وتحمل العاقلة دية المرأة بغير خلاف ، كما تحمل من جراحها ما بلغ أرشه ثلث دية الرجل وما دون ذلك كدية يدها لا تحمله العاقلة وكذلك الحكم فى دية الكتابى ولا تحمل دية المجوسى لأنها دون الثلث إذ أنها ثمانمائة درهم .

وإذا جنى الذمى جناية تستوجب الدية كانت فى ماله على قول الشافعى إذ لا تعاقل بين الذمين وفى قول آخر له أنها على عاقلته أما خطأ الحاكم والقاضى فعلى عاقلته فى غير الحكم والاجتهاد بلا خلاف إن كان مما تحمله العاقلة أما خطؤه فى الاجتهاد ففيه روايتان إحداهما على عاقلته والثانية فى بيت المال . وهذا مذهب أبى حنيفة وهو قول الأوزاعى والثورى وللشافعى فى ذلك قولان كالروايتين .

من تجب له الدية

الدية أو الأرش حق المجنى عليه إذا كان حيا ودية النفس عند الوفاة لورثته على حسب الميراث الشرعى لا خلاف فى ذلك بين الأئمة الأربعة وسواء فى ذلك أن تكون دية قد وجبت فى عمد أو وجبت فى شبه عمد أو فى خطأ أو عن قتل بتسبيب ، وإذا كانت الدية معتبرة من تركة المجنى عليه فلا يرث منها الجانى إذا كان وارثا للمجنى عليه لأنه القتل من موانع الارث ، ولو كان خطأ على ما ذهب إليه الحنفية خلافا لمن لم يجعل الخطأ مانعا من الارث كالشافعية .

مقدار الدية فيما تجب فيه من مال

يرى أبو حنيفة رحمه الله أن الدية تدفع من ثلاثة أنواع من المال الإبل والذهب والفضة لا من غيرها .وذهب أبو يوسف ومحمد إلى أنها تدفع منها ومن البقر والغنم والحلل لما روى ابن أبى ليلى عن الشعبى عن عبيدة السلمانى قال وضع عمر رضى الله عنه الديات على أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل الورق عشرة آلاف درهم وعلى أهل الإبل مائة من الإبل وعلى أهل البقر مائتى بقرة وعلى أهل الشياة الفى شاه وعلى أهل الحلل مائتى حلة . وما رواه جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم فرض الدية على أهل الإبل مائة من الإبل وعلى أهل البقر مائتى بقرة وعلى أهل الشياه الفى شاه وعلى أهل الحلل مائتى حلة رواه أبو داود .

واحتج أبو حنيفة بأن التقدير إنما يستقيم بشيء معلوم المالية وقد جعل أساساً للتقدير عادةوهذه الأشياءخلاف الذهب والفضة ليست كذلك ولهذا لا يقدر بها ضمان المتلفات ولا غيرها ولم يقبل تقديرها بالإبل إلا بناء على الآثار الواردة بذلك ولم تعرف تلك الآثار فى غيرها وما روى عن جابر

حديث منقطع لا يحتج به وذكر صاحب المبسوط أن عمر إنما أخذ من البقر والغنم فى الابتداء لأنها كانت أموالهم فكان الأداء منها أيسر فأخذها بطريق التيسير فظن الراوى أن ذلك كان بطريق التقدير شرعا .

فلما صارت الدواوين والعطايا وجعلت أموالهم من الدراهم والدنانير والإبل قضى بالدية منها .

وقد جاء فى بعض الروايات عن عمر رضى الله عنه أنه قام فى الناس خطيبا فقال إلا أن الإبل قد غلت قال الراوى ففرضها عمر عندئذ على أهل الذهب ألف دينار بعد أن كانت ثمانمائة وعلى أهل الورق اثنى عشر الف درهم بعد أن كانت ثمانية آلاف وعلى أهل البقر مائتى بقرة وعلى أهل الشاه الفى شاه وعلى أهل الحلل مائتى حلة(١) .

ويرى المالكية انه لا مدخل فى الدية لغير الذهب والفضة من والإبل ثياب أو بقر ففى الموازية عن مالك لا يؤخذ فيها بقر ولا حلل ولا تكون إلا من إبل وذهب وورق للآثار الواردة بذلك .

ويرى الشافعى أن الدية تؤخذ من الإبل خاصة فإن لم يكن إبل وجبت قيمتها فالواجب مائة من الإبل عند وجودها أو قيمتها بالغة ما بلغت بنقد بلد الجانى وإذا وجد بعض الواجب دون بعض أخذ الموجود وأعطيت قيمة الباقى وفى القديم إذا لم يوجد إبل كانت الدية ألف دينار(٢) .

ويرى الحنابلة أن الدية مائة بعير أو ألف مثقال ذهب أو أثنا عشر الف درهم أو مائتا بقرة أو ألفا شاة فتؤخذ من هذه الأنواع الخمسة فقط(٢).

واختلفت الفقهاء فى أصل تقدير الدية بالنسبة للذهب والفضة فقيل . أنها

---

(١) النهاية ٣٠٣ جـ ٧

(٢) ص ٤٠٤ الروض الندى

أصل وقيل أنها باعتبار قيمة الإبل التى هى أصل باتفاق ويرى الحنفية أن كلا من الإبل والذهب والفضة أصل ويرى الحنابلة والشافعية أن الأصل هو الإبل لا غير، وقال القاضى أبو يعلى لا خلاف فى المذهب فى أن أصول الدية الإبل والذهب والبقر والغنم وهو قول عمر وعلاء والفقهاء السبعة .

ويحتج الشافعى بحديث الزهرى قال كانت الدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم مائة من الإبل قيمة كل بعير أوقية ثم غلت الإبل فصارت قيمة كل بعير أوقية ونصفاً ثم غلت وصارت قيمة كل بعير أو قيتين وما زالت تغلو حتى جعلها عمر عشرة آلاف درهم أو ألف دينار .

وبناء على ما ذكر من أن الدية كان الأصل فيها الإبل فلا يلزم ولى الدم إلا بها فإذا أحضر القاتل سواها لم يجب اجباره على أخذه وإذا ماكان الأصل سواها فعلى ولى الدم قبوله إذا حضر والخيار للجانى عند تعدد الأصل كما أنه إذا ما صولح على مقدار من جنس ما جعل أصلا لم تجز الزيادة عليه لما فى فى ذلك من شبهة الربا .

مقدار ما يجب من كل نوع

الدية نوعان مغلظة وغير مغلظة ولكل منهما سبب لوجوبه وفيما يلى بيان لمقادير كل منهما :

الدية المغلظة عند الحنفية	
	٢٥ بنت مخاض — هى التى تتبع أمها وقد حملت أو هى التى طعنت فى الثانية من عمرها .
	٢٥ بنت لبون — وهى التى تتبع أمها وهى ترضع — أو هى التى طعنت فى الثالثة من عمرها .
	٢٥ حقة — وهى التى بلغت أن يحمل عليها أو هى التى طعنت فى الرابعة من عمرها .
	٢٥ جذعة — ما طعنت فى الخامسة من عمرها .

المغلظة عند الشافعية مثلثة وهى رواية عن أحمد	٣٠ جذعة	— طعنت فى الخامسة .
	٤٠ خلفة	— والخلفة هى الحامل .
	٣٠ حقة	— طعنت فى الرابعة .

وعند مالك فى حال العمد والخطأ عند التخفيف .

مالك	٢٥ بنت مخاض	كالحنفية
	٢٥ حقة	
	٢٥ جذعة	
	٢٥ بنت لبون	
	وعند التغليظ	
مثلثة	٣٠ حقة	كالشافعية
	٣٠ جذعة	
	٤٠ خليفة	

ومن الأقوال السابقة يتبين أن الشارع حين جعل الدية من الإبل أو من غيرها لم يرد أن تكون منها عينا بحيث لا تؤخذ من غيرها من الأموال بل المراد أنها كما تؤخذ مما عينه من الأصناف تؤخذ من غيرها مع مراعاة قيمة ما قدره الشارع كما دل على ذلك قول عمر الذى أشرنا إليه ومن ذلك يتبين أن مقدار الدية لا يتغير بتغير الزمن والأسعار إذا ما أخذت الدية من الأصناف التى جعلها الشارع أصلا فى تقديرها أما إذا أخذت من غير هذه الأصناف فإنها تزيد وتنقص تبعا لاختلاف أسعار ما قدره الشارع من الإبل .

وقد اتفق الفقهاء على أن دية الرجل الحر المسلم مائة من الإبل فى مال

القاتل العامد إذا منع من القصاص مانع ثم اختلفوا هل هى حالة أو مؤجلة فذهب مالك والشافعى وأحمد إلى أنها حالة وقال أبو حنيفة هى مؤجلة فى ثلاث سنين على ثلاثة أقساط وهى فى هذه الحالة خمس وعشرون بنت مخاض ومثلها بنت لبون ومثلها حقاق ومثلها جذاع وهى الدية المغلظة .

ويذهب الشافعى إلى أنها فى هذه الحال ثلاثون جذعة وأربعون خلفة فى بطونها أولادها وثلاثون حقة وهى رواية عن أحمد .

وذهب مالك إلى أن الدية فى هذه الحالة وكذلك فى حال الخطأ خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وخمس وعشرون بنت لبون وعندئذ تجب حالة إلا أن يشترط التأجيل فيها فتنجم فى ثلاث سنين كدية الخطأ وتغلظ إذا كان القاتل أصلا لفرعه ولو كان الأصل مجوسيا إذا امتنع القصاص لمانع — وضابط ذلك عدم قصد الأصل ازهاق الروح فإن قصده كأن أضجعه وذبحه فالواجب القصاص وفى هذه الحالة تكون الدية ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعون خلفة فى بطونها أولادها .

وأما دية شبه العمد فهى عند أبى حنيفة وأبى يوسف وأحمد كدية العمد المحض عند الإمام وأبى يوسف . واختلفت الرواية عن مالك ففى رواية لادية فيه على الاطلاق وفى رواية أخرى أنها تجب فى مثل قتل الأب ابنه على وجه الشبهة دون العمد وهى مثلثة كما تقدم وقال الشافعى الدية فى هذه الحالة ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة فى بطونها أولادها وهو قول محمد .

وأما دية الخطأ وما أجرى مجراه فقال أبو حنيفة وأحمد هى خمس وعشرون جذعة وعشرون حقة وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون بنت مخاض . وقال مالك والشافعى هى كذلك إلا أنهما جعلا

مكان ابن مخاض ابن لبون والدية فى هذه الحال مؤجلة على ثلاث سنوات عند الجميع .

واختلفوا فى الدراهم والدنانير أتؤخذ منها الديات ؟ فذهب أبو حنيفة وأحمد ومالك إلى أنها تؤخذ منها ولو مع وجود الإبل وقال الشافعى لا يعدل عن الإبل إذا وجدت إلا بالتراضى فإن أعوزت ففى ذلك قولان القديم منها يعدل إلى أحد النقدين ان من الذهب الف دينار وان من الفضة اثنا عشر الف درهم والجديد منهما لا يعدل عن الإبل عند اعوازها إلا إلى قيمتها وقت القبض زادت أم نقصت ، واتفقوا فى الدية من الذهب عند جواز العدول إليه على انها الف دينار واختلفوا فى الدية من الفضة فقال ابو حنيفة عشرة آلاف درهم وزن سبعة مثاقل وقال مالك والشافعى واحمد اثنا عشر الف درهم لقضاء عمر بذلك فى محضر من الصحابة من غير انكار منهم . واختلفوا فى البقر والغنم والحلل أهى أصل فى الدية فيكون الواجب منها مائتى حلة كل حلة ازار ورداء . ام ليست اصلا وإنما تؤخذ على وجه القيمة فقال ابو حنيفة ومالك والشافعى ليس شىء من البقر والغنم والحلل اصلا فى الدية ولا مقدارا وإنما يرجع إليه بالتراضى على وجه القيمة وقال احمد البقر والغنم اصلان مقدران فى الدية فمن البقر مائتا بقرة ومن الغنم ألفا شاه وإلى هذا ذهب الصاحبان كما ذهبا إلى ان اخذها من الحلل مقدر بمائتى حلة كل حلة ثوبان .

ولا تغليظ للدية إلا من الإبل لأن الشرع ورد بذلك والمقدرات لا تعرف إلا سماعاً . ذهب إلى ذلك الحنفية وهو مذهب أحمد كما فى كشاف القناع .

واختلفوا فيما إذا حدث القتل فى الحرم أو أقدم الجانى على القتل وهو محرم أو فى شهر حرام أو قتل ذا رحم محرم منه فقال أبو حنيفة لا تغلظ

الدية فى حال من هذه الأحوال ، وقال مالك لا تغلظ فى هذه الأحوال إلا فى حال قتل الوالد لولده كما تقدم وعندئذ يكون تغليظها من الإبل بثلاثين حقة وثلاثين جـــذعة وأربعين خلفة أما فى الذهب والفضة ففيه روايتان أحدهما لا تغليظ فيها والأخرى تغلظ . وفى صفة تغليظها عنه روايتان احداهما أنه يلزم الجانى من الذهب والورق قيمة الدية المغلظة من الإبل بالغة ما بلغت بشرط الا تنقص فى الذهب عن ألف دينار وفى الفضة عن أثنى عشر ألف درهم ثانيتهما أنه ينظر قدر ما بين دية الخطأ والتغليظ من القيمة فيجعل جزءاً زائداً على دية الذهب أو الورق .

وقال الشافعى تغلظ الدية فى القتل فى الحرم أو فى الأشهر الحرم أما فى الإحرام ففيه وجهان أظهرهما أنها لا تغلظ وثانيهما أنها تغلظ بالأسنان فقط لا بالأثمان وقال أحمد تغلظ الدية فى تلك الأحوال كلها وصفته إن كان الضمان بالذهب أو بالفضة أن تزاد بقدر ثلث الدية وذهب الخرقى إلى أنه لا تغليظ فيها وإن كانت بالإبل فقياس مذهبه أن التغليظ فيها يكون بزيادة القدر لا بالسن (١) .

وكل هذه الأقوال مرجعها إلى الآثار المروية على اختلاف فيما بينها هذا ولا يقبل من الإبل معيب ولا اعجف ولا يجب أن تكون من جنس ابله ولا من جنس ابل بلده . وذهب الحنابلة وأصحاب الشافعى إلى أن الواجب من جنس ابل من تجب عليه سواء أكان هو القاتل أم العاقلة لأن وجوب الدية على سبيل المواساة فوجب أن تكون من جنس ما لهم كالزكاة ولذا كان لدى من وجبت عليه الدية صنفان من الإبل أخذ من كل صنف بقسطه وقيل يؤخذ من الأكثر فإن استويا دفع من أيهما شاء وإن دفع من غير

---

(١) كشاف القناع جـ ٤ ص ١٨ .

إبله خيراً من إبله أو مثله جاز وإن كان أدون لم يقبل منه إلا أن يرضى المستحق للدية .

ودية المرأة على النصف من دية الرجل باتفاق ، وروى ذلك موقوفاً على على كما روى مرفوعاً إلى النبى صلى الله عليه وسلم.وقال الشافعى ما دون ثلث الدية لا يتصف وذلك عام فى النفس والأطراف. وتتحملها العاقلة من غير خــــلاف فى حال الخطأ أو فى حال العمد إذا منع من القصاص مانع ولا تحمل العاقلة من جراحها ما بلغ أرشه ثلث دية الرجل فأقل من ذلك وقد أشرنا إلى ذلك .

ودية المسلم والذمى سواء عند الحنفية وقال مالك دية اليهودى والنصرانى على النصف من دية المسلم فى العمد والخطأ وقال الشافعى دية اليهودى والنصرانى ثلث دية المسلم فى العمد والخطأ . وقال أحمد دية اليهودى أو النصرانى إذا كان لكل منهما عهد وقتله المسلم عمداً مثل دية المسلم وإن قتله خطأ ففيه روايتان أحدهما ثلث دية المسلم والثانية نصف دية المسلم وهى اختيار الخرقى .

واختلفوا فى دية المجوسى فقال أبو حنيفة ديته نصف دية المسلم فى العمد والخطأ وقال مالك والشافعى ديته ثمانمائة درهم فى العمد والخطأ وقال أحمد فى الخطأ ثمانمائة درهم وفى العمد ألف وستمائة درهم .

واختلفوا فى ديات نساء أهل الكتاب والمجوس ، فقال أبو حنيفة ومالك والشافعى دياتهن على النصف من ديات رجالهن لا فرق بين الخطأ والعمد وقال أحمد دياتهن على النصف من ديات رجالهن فى الخطأ أما فى العمد فكديات رجالهن .

واختلفوا فى العبد إذا قتل هل تجب قيمته بالغة ما بلغت فقال أبو حنيفة

تجب قيمته بحيث لا تزيد على دية الحر بل تنقص عشرة دراهم عن دية الحر إذا بلغت دية الحر أو زادت . وقال مالك والشافعي وأحمد في أظهر روايتيه التي اختارها الخرقي تجب قيمته بالغة ما بلغت وعن أحمد رواية أخرى تجب قيمته بحيث لا يبلغ بها دية الحر ولم يقدر مقدار النقصان .

واختلفوا في العبد إذا جنى جناية عمد فقال أبو حنيفة والشافعي وأحمد في أظهر روايتيه ولي المجني عليه بالخيار بين القصاص وبين العفو على مال وليس له العفو على رقبـــة العبد واسترقاقه ولا يملكه بجنايته وقال مالك وأحمد في رواية أخرى يملكه ولي المجني عليه بالجناية فإن شاء قتله قصاصاً وإن شاء استرقه وإن شاء أعتقه غير أن مالك يشترط أن تكون الجناية قد ثبتت بالبينة لا بالإقرار فإن ثبتت بالإقرار لم يكن له إلا استرقاقه وإذا اصطدم الفارسان الحران فماتا قال مالك وأحمد على عاقلة كل منهما دية الآخر كاملة وعن أصحاب أبي حنيفة فيها روايتان أحداهما ما سبقت والأخرى على عاقلة كل واحد منهما نصف الدية وهو قول الشافعي .

واختلفوا في الحر إذا قتل عبداً خطأ فقال أبو حنيفة قيمته على عاقلة الحر وقال مالك وأحمـــد قيمته في مال الحر الجاني وعن الشافعي القولان السابقان .

الأرش

معنى الأرش : يطلق الأرش فى اللغة على الدية وعلى الخدش وهو الجرح والخمش وعلى طلب الأرش أى الدية كما يطلق على الرشوة وما نقص العيب من الثوب لأنه سبب لوجوب الأرش أى العوض وعلى الخصومة بين شخصين وما يدفع من المال بين السلامة والعيب فى السلعة وعلى الإعطاء .

وأرش الجراحة ديتها والجمع أروش مثل فلس وفلوس .

والأرش فى الشرع المال الواجب فيما دون النفس وقد يطلق على بدل النفس وحكومة العدل .

والأرش نوعان أرش مقدر وهو ما حدد الشارع مقداره كأرش اليد وأرش الرجل وأرش غير مقدر وهو مالم يرد فيه نص عن الشارع بالتحديد وترك للقاضى تقديره ويطلق عليه إسم حكومة العدل وفيما يلى بيان ما يجب فيه الأرش من الجناية على ما دون النفس .

الأصل وجوب القصاص فى قتل النفس وفى الجروح مالم يمنع من ذلك مانع وذلك لقوله تعالى « كتب عليكم القصاص فى القتلى » وقوله « والجروح قصاص » وموانع القصاص عديدة ليس هذا موضع بيانها إذ بيانها فى الكلام على أحكام القصاص . وإذا امتنع القصاص فى الجروح بسبب من الأسباب المانعة منه كان الواجب عندئذ الأرش وقد يكون مقدراً بنص الشارع وقد يكون غير مقدر وهو حكومة العدل وفيما يلى بيان ذلك :

والكلام فى الجناية على ما دون النفس يتناول موضوعين أحدهما بيان أنواعها وثانيهما بيان حكم كل نوع منها . وأنواعها أربعة : أحدها إبانة الأطراف وما يجرى مجرى الأطراف وثانيها ذهاب منافع الأطراف مع بقاء أعيانها وثالثها الشجاج ورابعها الجراح .

أما النوع الأول فكقطع اليد والرجل والاصبع واللسان وفقء العينين وقلع الأسنان ونحو ذلك وأما النوع الثانى فكتفويت السمع والشم والذوق والكلام والجماع والبطش وتغير لون السن إلى السواد أو الحمرة . ونحوها مع قيام محالها ويلحق بهـــذا النوع إذهاب العقل، وأما النوع الثالث فالشجاج وهى إحدى عشرة شجة أولها الخارصة التى تخرص الجلد أى تشقه ولا يظهر منها الدم ثم الدامعة وهى التى يظهر منها الدم ولا يسيل ثم الدامية وهى التى يسيل منها الدم ثم الباضعة وهى التى تقطع اللحم أى تقطعه ثم المتلاحمة وهى التى تذهب فى اللحم أكثر من الباضعة هكذا روى عن أبى يوسف وقال محمد المتلاحمة قبل الباضعة وهى التى تلاحم منها الدم واسود ثم السمحاق وهى الشجة التى بلغت الجلدة الرقيقة فوق العظم وهو لاسم لجلدة رقيقة فوق عظم الرأس أيضاً ثم الموضحة وهى التى تقطع السمحاق وتوضح العظم وتظهره ثم الهاشمة وهى التى تهشم العظم ثم المنقلة وهى التى تنقل العظم بعد كسره ثم الآمة وهى التى تصل إلى أم الدماغ وهى جلدة تحت عظم الدماغ ثم الدامغة ، وهى التى تخرق تلك الجلدة ، المذكورة ولم يذكر محمد من هذه الشجاج الخارصة والدامغة لأن الخارصة لا يبقى لها أثر عادة . والشجة إذا لم يبق لها أثر لا حكم لها فى الأرش . والدامغة لا يعيش معها صاحبها عادة بل تتحول إلى إتلاف نفس .

وأما النوع الرابع وهو الجراح فنوعان جائفة وغير جائفة فالجائفة هى التى تصل إلى الجوف ولا تكون فى اليدين والرجلين والرقبة — كما لا تكون الشجة إلا فى الرأس والوجه وفى مواضع العظم كالجبهة ونحوها ولا تكون الآمة إلا فى الرأس والوجه وفى المواضع التى يتخلص منها إلى الدماغ ولا يثبت حكم هذه الجراحات وجزاؤها إلا فى هذه المواضع .

وأما أحكام هذه الأنواع فمختلفة لأن منها ما يجب فيه القصاص ومنها

ما يجب فيه دية كاملة ومنها ما يجب فيه أرش مقدر ومنها ما يجب فيه أرش غير مقدر — فهذه أربعة أنواع :

(١) والذى يجب فيه القصاص منها هو ما استجمع شرائط وجوب القصاص وهى أن يكون الجانى عاقلا بالغاً متعمداً مختاراً وأن يكون المجنى عليه معصوماً غير جزء للجانى ولا مملوكا له وأن تكون الجناية مباشرة لا بطريق التسبب وتحقق المماثلة بين المحلين فى المنافع والفعلين وبين الأرشين لأن المماثلة فيما دون النفس معتبرة بالقدر الممكن وعدمها يمنع القصاص ودليل ذلك قوله تعالى : وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص والآية وإن كانت تحكى ما فى التوراة إلا أنها حكاية لم يعقبها الشارع بإنكار فكانت شريعة لنا كذلك وقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم وقوله تعالى وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به . ومن الشروط كذلك أن يكون المثل ممكن الاستيفاء لأن استيفاء المثل مع تعذره ممتنع ولذا لا يؤخذ عضو إلا بمثله فلا تؤخذ اليد بالرجل ولا الإبهام بالسبابة ولا اليد اليمنى باليد اليسرى وهكذا الحكم فى الأسنان وسائر الأعضاء ولا يؤخذ العضو الصحيح إلا بالصحيح فإذا امتنع ذلك سقط القصاص ووجبت الدية : والقاعدة العامة فى ذلك وجوب الدية فى مواضع القصاص عند امتناعه لمانع ولذا لا قصاص فى القطع من لحم الساعد ولا فى القطع من العضو والساق والفخذ ونحوها لعدم إمكان المماثلة بين الفعلين وإذا كان المانع فى جانب الجانى بأن كان العيب المانع من المماثلة فى طرف الجانى كان المجنى عليه مخيراً بين القصاص وأخذ الدية لأن حقه فى المثل السليم وهو غير موجود فإن شاء رضى ببعض حقه فيه فاقتص وإن شاء انتقل إلى الدية وهى الأرش باعتبارها كل حقه عند امتناع القصاص . وإذا أراد المجنى عليه

القصاص على أن يضم إليه قيمة النقص فليس له ذلك عندنا وقال الشافعى له ذلك كما لو أتلف له عدد من ثيابه فوجد مثل بعض التالف ولم يجد مثلا للباقى فإنه يأخذ ما وجد من المثل وقيمة ما لم يجد له مثلا .

وللحنفية أنه قادر على استيفاء أصل حقه وليس يفوته مع ذلك إلا الوصف وهو صفة السلامة فإذا رضى باستيفاء أصل حقه ناقصاً كان ذلك منه تنازلا عن الصفة كما إذا رضى عن تالف بمثل أقل منه جودة لم يكن له طلب زيادة عليه .

ولو ذهبت الجارحة المعينة قبل طلب قطعها بطل حق المجنى عليه فى القصاص لزوال محله ووجب الأرش إن كان قطعها بحق كقطع اليد بسبب السرقة ولا أرش له إن قطعت بسبب سماوى أو قطعت ظلماً، وقال الشافعى له الأرش فى الحالين .

وللحنفية فى الفرق بين الحالين أنها تعتبر موجودة حكما إذا ما قطعت بحق كحق السرقة لأنه فى هـــذه الحال قضى بطرفه حقاً مستحقاً عليه قضاء فكان كأنه قائم وتعذر القصاص مع قيامه فيجب الأرش كاملا ولا قصاص إذا ما تعدد الجانى وكانت جنايتهما واحدة كما إذا قطع إثنان يد رجل بل يكون عليهما الأرش نصفين خلافاً لأبى يوسف إذ لا مماثلة بين قطع أيد بيد أو أرجل برجل. ولا يجرى القصاص بين طرفى الذكر والأنثى والحر والعبد لاختلاف الأرش وذلك لعدم معرفة التساوى فى الأرش عندئذ لأن أرش الذراع حكومة العدل وذلك بالحرز والظن فلا يعرف التساوى بين أرشهما لاختلاف الحرز .

وأما الشجاج فلا خلاف فى وجوب القصاص فى الموضحة لإمكان الاستيفاء مع المماثلة إذ لها حد تنتهى السلاح إليه وهو العظم ولهذا لا دية فيها الا إذا منع من القصاص فيها مانع وكذلك لا خلاف فى أنه لا قصاص فيما بعد الموضحة لتعذر الاستيفاء فيها على وجه المماثلة أما ما قبل الموضحة ففى الأصل لمحمد أن القصاص يجب فى الموضحة والسمحاق والباضعة والدامية

وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا قصاص فى ذلك ما عدا الموضحة وعن النخعى ما دون الموضحة خدوش وفيها حكومة العدل .

(٢) وأما ما يجب فيه دية كاملة من الجراح فهو ما أدى منها إلى وفاة المجروح عند امتناع القصاص وفيه القصاص إذا توفرت شروطه وإذا لم يؤد إلى وفاة المجروح فلا قصاص وبناء على ذلك لا قصاص بين الذكر والأنثى فى الأطراف لعدم المماثلة ولذا كان الواجب فى الجرح عندئذ المال على حسب ما يأتى ولا بين أطراف الحر والعبد لعدم المماثلة فى الأرش ، فالأرش فى الأحرار مقدر شرعاً وفى العبيد الواجب فيها القيمة وقد يختلفان وإذا تساويا فأحدهما مبناه الحذر والظن وهو الواجب فى جروح العبيد وذلك ما تختلف فيه الأنظار بخلاف الأرش الواجب فى الأحرار وذهب الشافعى إلى أن المساواة فى الأروش غير معتبرة فى جروح الأحرار لجريان القصاص بينهم فى النفس فيجرى كذلك فى الأطراف وكذلك بين الذكر والأنثى الحرين . ويرى الحنفية أنه لا مماثلة بين أرشيهما فلا قصاص لذلك بين طرفيهما وكذلك لا قصاص بين طرفين صحيح وأشل ولا بين الأظافر لانعدام المساواة فى الأرش . فأرش الأظافر مرده إلى الحكومة وهى قائمة على الحذر والظن وذلك ما يختلف الأنظار .

ما يجب فى الجروح — تجب الدية إذا ترتب على الجناية فوات المنفعة المقصودة عن العضو على الكمال وذلك إما بإبانة العضو أو بإذهاب منفعته مع بقاء صورته .

وأما ما يجب بإبانته الدية من أعضاء الجسم فثلاثة أنواع : نوع لا نظير له فى الجسم ونوع فى الجسم منه إثنان ونوع فى الجسم منه أربعة .

أما ما لا نظير له فى الجسم فستة أعضاء وهى الأنف واللسان إذا ذهب بقطعه أو بقطع بعضه الكلام والذكر والصلب إذا احدودب بالضرب

وانقطع المنى ومسلك البول ومسلك الغائط وفى المرأة إذا حصل بالجناية الإفضاء ، ففى كل واحد منها الدية كاملة .

وما فى الجسم منه إثنان : العينان والأذنان والشفتان والحاجبان إذا ذهب شعرهما والثديان والحلمتان والأنثيان ففى كل إثنين منها الدية كاملة وفى أحدهما نصف الدية .

وما فى الجسم منه أربعة فنوعان أحدهما أشفار العينين إذا لم تنبت الأهداب ففى كل شعر منها ربع الدية والثانى الأهداب وهى شعر الأشفار إذا لم تنبت .

وأما ما تجب الدية بذهاب منفعته مع بقاء صورته فذلك ما يتمثل فى ذهاب العقل أو البصر أو الشم أو الذوق أو الجماع أو الأحبال بضربة تصيب الجسم فلو ضرب إنسان آخر فترتب على ذلك زوال منفعة من هذه المنافع وجبت الدية كاملة بأن ذهب عقله أو سمعه أو بصره أو سقط شعره لأن هذه منافع مقصودة وقد فاتت كلها فتجب الدية ، وقال الشافعى لا يجب فى سقوط الشعر إلا حكومة عدل ذلك لأنه لا يجب كمال الدية إلا بإتلاف النفس لأنها بدلها إلا أن الشرع ورد بذلك عند تفويت منفعة الجنس كما فى قطع اليدين إذ تفويت منفعة الجنس تكون عنده النفس تالفة من وجه فوجبت لذلك الدية وليس يوجد ذلك فى حلق الشعر فتجب فيه الحكومة .

ولأبى حنيفة أن فى فوات الشعر فوات جمال مقصود فيشبه فوات بعض الأعضاء فوجبت لذلك الدية .

شروط وجوب الدية فى الجراح :

ولا تجب الدية فيما تقدم إلا بشروط :

(١) أن تكون الجناية خطأ فيما فى عمده القصاص فأما ما لا قصاص فى عمده فيستوى فيه العمد والخطأ بالنظر إلى وجوب الدية فيه .

(٢) أن يكون المجنى عليه ذكراً فإن كان أنثى كان الواجب دية الأنثى وهى نصف دية الذكر سواء أكان الجانى ذكراً أم أنثى .

(٣) أن يكون الجانى والمجنى عليه حرين فإن كان المجنى عليه رقيقاً فالواجب فى ذلك القيمـــة على قول أبى حنيفة وقد روى أبو يوسف عن أبى حنيفة أنه قال كل شىء من الحر فيه الدية فهو من العبد فيه القيمة ، وكل شىء من الحر فيه نصف الدية فهو من العبد فيه نصف القيمة وكذلك الجراحات وعموم هذه الرواية يقضى بأن كل شىء من الحر فيه قدر من الدية ففيه من العبد ذلك القدر من قيمته لا فرق بين ما يقصد به المنفعة كاليد وما يقصد به الجمال والزينة كالحاجب والشعر . والحاصل أن ما يقصد به المنفعة فيه القيمة رواية واحدة وما يقصد به الزينة فيه روايتان : إحداهما عن محمد أن الواجب فيه ما نقصه العبد بأن يقوم مع الجناية عليه ثم يقوم ســـليما ليس به الجناية ويغرم الجانى الفرق بين القيمتين وإلى هذا ذهب أبو يوسف فى أحد قوليه والرواية الأخرى فى ذلك وجوب قيمة العبد كلها ووجه هذه الرواية أن القيمة فى العبد كالدية فى الحر فلما وجبت دية الحر كلها فى مثل ذلك وجبت قيمة العبد كذلك وعنــــد وجوب القيمة يرى أبو حنيفة أنها لا تصل إلى الدية فتساويها بل يجب أن تنقص عنها بعشرة دراهم على الأقل وهو القدر المعتبر فى نصاب حد السرقة أو فى المهر .

وأما ما يجب فيه الأرش المقدر من الشارع فالقاعدة فيه :

أن كل اثنين يجب فيهما دية كاملة يكون الواجب فى أحدهما نصف الدية كإحدى العينين واليدين والرجلين والأذنين والحاجبين إذا لم تنبت

الأهداب والشفتين والأنثيين واليدين والحلمتين يستوى فى ذلك اليمين واليسار لأن حديث عمرو بن حزم لم يفصل بينهما وفى كل أصبع من أصابع اليدين والرجلين عشر الدية وهى سواء فى ذلك ، وسواء فى ذلك اقطع الأصابع وحدها أم قطع الكف معها والشلل كالقطع لفوات المقصود وفى كل مفصل من أصبع فيه ثلاثة مفاصل ثلث دية الأصبع فإن كان فيه مفصلان فنصفها وهكذا وفى كل سن خمس من الإبل والأسنان فى ذلك كلها سواء ولو ضرب رجلا ضربة فألقى أسنانه كلها فعليه دية وثلاثة أخماس الدية لأن الاسنان ٣٢ فى كل سن نصف عشر الدية فجملة ديتها ٣٢ × ١/٢٠ = ١,٦ من الدية .

وأما الشجاج ففى الموضحة إذا برئت وبقى لها أثر خمس من الإبل وفى الهاشمة عشر وفى المنقلة خمسة عشر وفى الآمة ثلث الدية وليس فيما قبل الموضحة أرش مقدر وإن لم يبق لها أثر بأن التحمت ونبت عليها الشعر فلا شىء فيها عند أبى حنيفة فقال أبو يوسف فيها حكومة الألم وقال محمد فيها أجرة الطبيب ولا ضمان فى الضرب إذا لم يترك أثراً وإن كان موجعاً .

ومن شج رأس إنسان موضحة فسقط شعر رأسه أو ذهب عقله وجب عليه الدية كاملة وفى دخول أرش الموضحة فى هذه الدية قال الطرفان لايدخل الا فى دية الشعر والعقل وقال أبو يوسف يدخل فى دية الجميع الا فى دية البصر وقال زفر لايدخل فى شىء من ذلك أصلا فالجنايتان مختلفتان ولكل أرش مستقل ولأبى يوسف أن السمع والكلام والشم والذوق ونحوها من البواطن فيها أرش الموضحة كالعقل بخلاف البصر وهذا الفرق منقوض بالشعر لأنه ظاهر ويدخل فيه أرش الموضحة ولأبى حنيفة ومحمد أن التفرقة بين الشعر والعقل وبين غيرهما بينة ففى الشعر والعقل أصابت الجناية عضوا واحدا هو الدماغ بفعل واحد وبسبب واحد فالذى حدث من الجانى هو فعل واحد ووجوب الارش بسبب فوات الشعر وذلك متحقق فى الموضحة ولايضير أن الفائت

فيها أقل مساحة الا يرى إنه إذا قطع رجل إصبع آخر فشلت اليد بسبب ذلك دخل ارش الإصبع في دية اليد ؟ كذلك هذا وفي العقل تجب دية النفس كلها لفواتها معنى بفوات العقل فدخل فيها ارش الموضحة كما في تلف النفس بطريق السراية من موضحة أما السمع والبصر فان سبب الوجوب في كل منهما تفويت المنفعة المقصودة منه فاختلف المحل والسبب وامتنع لذلك التداخل وتدخل دية هذه الأشياء كلها في دية النفس عند السراية اليها .

والشجاج كلها سواء في التداخل قلت أو كثرت إذا لم يتجاوز ارشها الدية والا زيد على الدية بقدر زيادة الاروش عنها فلو كانت الشجاح أربع أوام ذهب بسببها الشعر كان الواجب دية وثلث بعد سقوط قدر الدية من ديات الشجاج لتداخله في الدية الواجبة بسبب سقوط الشعر .

وذهب زفر إلى أنه لاتداخل والواجب عندئذ ديتان وثلث دية ولو سقط بالموضحة بعض شعر رأسه نظر إلى ارش الموضحة وإلى حكومة العدل الواجبة في الشعر فان كانا سواء أو كان ارش الموضحة أقل من حكومة العدل لم يجب الاارش الموضحة وان كان أحدهما أكثر دخل الأقل في الأكثر أيهما كان لأنهما واجبان لمعنى واحد فيتداخل الجزء في الجملة .

وإذا قطع الكف وفيه ثلاث أصابع فأكثر وجبت دية الأصابع ولاشيء في الكف لأنه تبع وإذا كان فيه أقل من ثلاث أصابع وجب ارش مابقي منها فيه وإن كان مفصلا واحدا ولا يجب في الكف شيء عند أبي حنيفة لأن الأصل عنده أنه إذا بقي في الكف شيء من الأصابع له ارش معلوم ولو كان مفصلاً واحدا دخل ارش الكف في ارش مابقي من الأصابع له ارش معلوم ولو كان مفصلا واحدا دخل ارش الكف فيه وعندهما يدخل القليل في الكثير أيهما كان فينظر إلى حكومة العدل الواجبة في الكف والى ارش مابقي من الأصابع فيدخل أقلهما في أكثرهما ولو قطع اليد مع الذراع ففي الكف مع أصابعها الدية وفي الذراع حكومة العدل في قول الطرفين وقال ابو يوسف يدخل ارش الذراع في دية اليد وعلى هذا الخلاف إذا قطع اليد من المنكب

والرجل من الورك او اليد من العضد او الرجل من الفخذ فعند ابى حنيفة — ومحمد اصابع اليد لا يتبعها إلا الكف فلا يدخل فى إرشها إلا إرش الكف واصابع الرجل لا يتبعها غير القدم فلا يدخل فى ارشها إلا ارش القدم وعند ابى يوسف ان مافوق الكتف من اليد تبع وكذلك مافوق القدم من الرجل فيدخل ارش التبع فى المتبوع .

وأما سائر جراحات البدن إذا برئت وبقى لها اثر ففيها حكومة العدل وان لم يبق لها أثر فلا شىء فيها فى قول ابى حنيفة اما إذا مات منها المجنى عليه سراية وكانت خطأ وكان المحدث لها أكثر من شخص واحد وكانت كلها مضمونة فالدية على من احدث بعددهم ولا عبرة بعدد الجراحات فهى نصفان بين الجارحين واثلاثا بين ثلاثة احدثوا الجراح دون نظر الى عدد الجراح من كل منهم وان كان بعض الجراحات مضمونا وبعضها غير مضمون فالحكم كما يأتى : اذا جرح المجنى عليه شخص وسبع « فمات المجنى عليه فعلى الرجل نصف دية والنصف الآخر هدر لأن جناية العجماء هدر ولا عبرة فى هذا ايضاً بعدد الجراحات مع ملاحظة جعل الجراحات غير المضمونة كلها وهى التى ليس لها حكم يلزم محدثها كجراحة واحدة يهدر بها نصف الدية .

وهذا إذا كان المجنى عليه حرا ذكرا فان كان أنثى حرة فالواجب فى دية جروحها على النصف من الواجب فى جروح مماثلة لها من الحر الذكر لأنه إذا نصف بدل النفس إجماعا فكذا ينصف بدل مادونها — وذهب أهل المدينة إلى أن المرأة تعاقل الرجل إلى ثلث ديتها فأرشها ارش الرجل الى ثلث الدية فان زاد على الثلث تنصف ارشها .

ولكن القول بما ذهب إليه أهل المدينة يؤدى الى قلة الارش عند كثرة الجناية وذلك غير معقول والى هذا أشار ربيعة بن عبد الرحمن المعروف بربيعة الرأى فقد سأل سعيد بن المسيب عن رجل قطع اصبع امرأة فقال فيها عشر

من الابل قال فان قطع ثلاثة قال ففيها ثلاثون من الابل قال فان قطع أربعة قال ففيها عشرون من الابل فقال ربيعة لما كثرت جراحها وعظمت مصيبتها قل ارشها فقال سعيد أعراقى أنت قال لا بل جاهل متعلم أو عالم متبين فقال هكذا السنة يابن أخي يعني سنة زيد بن ثابت واستناد سعيد الى سنة زيد يدل على عدم ثبوت ماروى فى ذلك من حديث يؤيده والا لأحال على سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم .

ارش الجنين

اذا ضربت حامل على بطانها فألقت جنينا وهو حر كانت فيه الغرة عبد أو أمة سواء ألقته حيا أم ميتا متى كان قد استبان بعض خلقه فظهر أنه جنين فان لم يستبن شيء من خلقه فلا شيء فيه لأنه حينئذ مضغة ولافرق بين أن يكون ذكرا أو أنثى وقد روى، عنه صلى الله عليه وسلم أحاديث تقضى بذلك منها أنه قضى فى الجنين بغرة عبد أو أمة أو خمسمائة درهم وكان ذلك بيانا للغرة وتقديرا لها .

وذهب الشافعى الى أنها مقدرة بستمائة درهم وذلك للاتفاق على أن الواجب فى الجنين نصف عشر الدية والدية تختلف فى قدرها بين عشرة آلاف واثنى عشر ألف درهم وتجب الغرة على العاقلة لما رووه المغيرة بن شعبة قال كنت بين جاريتين فضربت احداهما الأخرى بمسطح فألقت جنينا ميتا وماتت فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم على عاقلة الضاربة بالدية وبغرة الجنين . وهى ميراث بين ورثة الجنين عند عامة العلماء. وقال مالك لاتورث وهى للأم خاصـــة ولا كفارة على الضارب واما اذا ألقته حيا ثم مات فالدية كاملة على الضارب وعليه الكفارة لما تحقق ان ذلك قتل لنفس فى معنى الخطأ . واذا خرج الجنين بعد موتها ميتا ففى الأم الدية ولاشى فى الجنين خلافا للشافعى ووجه قول الحنفية أن موت الجنين يحتمل أن يكون بسبب موت الأم ويحتمل أن يكون بسبب الضرب وانما عرف الضمان بالنص

فى حال مخصوصة وهى ماذا خرج ميتا قبل موت الأم فيقتصر على ماورد فيه النص .

ما تحمله العاقلة من الأروش :

إذا بلغ أرش الجناية فيما دون النفس نصف عشر الدية فصاعداً تحمله العاقلة وهو خمسمائة فى الذكور ومائتان وخمسون فى الإناث أما فيما دون ذلك فلا تحمله العاقلة عند الحنفية إذ أن تحملها على خلاف القياس وإنما صرنا إليه بحديث الغرة وهى نصف عشر الدية أما ما دون ذلك فلا يتناوله هذا الحديث فبقى على الأصل فلا تحمله العاقلة .

وقال الشافعى تحمل العاقلة القليل كما تحمل الكثير لأنها إنما حملت لمعنى النصرة منها وذلك متحقق فى القليل والكثير ثم ما بلغ نصف عشر الدية الى ثلث الدية يؤخذ من العاقلة فى سنة أما مازاد على ذلك فيؤخذ فى السنة الثانية الى ثلثيها ومازاد على ذلك ففى الثالثة مراعاة لحكم الدية كاملة .

وأما مافيه حكومة العدل وهو مالم يقدر له الشارع أرشاً ففيما يلى بيانه .

جاء فى شرح الدر وابن عابدين عليه جـ ٥ ص ٤١٦ من كتاب الدية حكومة العدل إن كانت مثل أرش الموضحة أو دونها لا تتحملها العاقلة وإن كانت أقل من ذلك فلا دية فيه عن أصحابنا واختلف فى ذلك المتأخرون فقال شيخ الإسلام الصحيح عدم تحمل العاقلة ذلك كذا التتارخانية ويقابله أن العاقلة تتحمله .

أحكام العفو عن الدية وما يترتب عليه :

إذا وقعت الجناية فتعين الجزاء فيها مالا دية أو أرشاً كان لمن له الحق فيه أن يعفو عنه وأن يبرىء منه وكان لذلك حكم الإبراء من الدين ومراعاة

وقته من أنه وقت صحة أو وقت مرض إذا كان العفو أو الإبراء عن المال عند وجوبه فإن كان العفو عن القطع الذى يوجب المال سواء أكان ذلك بنص الشارع أو بحكومة العدل فإما أن يكون عفواً فى حال العمد أو فى حال الخطأ وفى كلتا الحالين إما أن يكون عن القطع وحده وإما أن يكون عن الجناية بأن قال عفوت عن هذه الجناية أو عن القطع وما يحدث منه .

إن كانت الجناية عمداً وقال المجنى عليه عفوت عن القطع لا يكون ذلك عفواً عن سرايته إذا سرى فترتب عليه الموت عند أبى حنيفة خلافاً لصاحبيه وعلى ذلك يضمن القاطع الدية عنده وهذا هو الحكم فى العفو عن الشجة أيضاً وقال الصاحبان يكون ذلك عفواً عن النفس أيضاً فلا ضمان إذا مات لأن العفو حينما يضاف إلى الفعل من القطع أو الشجة لا يراد منه إلا موجبه لأن الفعل نفسه لا يحتمل العفو وموجبه أما ضمان الطرف المقطوع أن اقتصر القطع فلم يسر وإما ضمان النفس إن سرى فصار ذلك كالعفو عن الجناية أو عن القطع وما يحدث منه — ولأن اسم القطع أو الشجة يتناول السارى منهما والمقتصر لأنه جنس يشمل العفو عنه ما يترتب على كل منهما كما إذا أمر إنسان آخر بقطع يده فقطعها وسرى ذلك إلى النفس لم يجب له شىء لأن إذنه بالقطع يتناوله فكذلك العفو عنه يتناول ما يحدث منه وكثيراً ما يذكر السبب ويراد به المسبب .

وقال أبو حنيفة أن حق المجنى عليه فى القتل دون القطع وبالسراية تعين أن الجناية قتل منذ البداية ومع ذلك يكون عفوه عن القطع عفواً عن غير حقه فبطل وتجب الدية ولم يجب القصاص للشبهة التى أورثها إضافة العفو إلى حقه من حيث الظاهر — وكذلك الحكم إذا كانت الجناية خطأ حتى إذا قال المجنى عليه عند قطع يده عفوت عن اليد كان عفواً عن دية النفس عندهما وعن دية اليد فقط عنده ولو قال عفوت عن الجناية أو عن القطع وما يحدث منه كان عفواً عن دية النفس بالإجماع حتى إذا مات من هذا القطع لم تجب دية

غير أنه يعتبر عفوه من ثلث التركة لأن موجبه المال وقد حدث فى مرض موته لتعلق حق ورثته به كسائر أمواله بخلاف ما إذا كان القطع عمداً حيث يصح العفو من جمع المال لأن موجبه عندئذ القصاص ولم يتعلق به حق الورثة لأنه ليس بمال .

القسامة — يطلق إسم القسامة فى اللغة على اليمين والقسم وعلى الجماعة يقسمون على الشىء ويأخذونه أو يشهدون وعلى الإيمان يقال حكم القاضى بالقسامة أى باليمين كما يطلق على أولياء الدم وعلى إيمانهم وعن هذا أطلق فقط على الإيمان التى يحلفها أولياء الدم عندما يدعون القتل على غيرهم وعلى إيمان من ادعى عليهم إزهاق نفس على الصورة الآتى بيانها :

إذا وجد قتيل فى محلة أو دار أو فى موضع قريب من المحلة بحيث يسمع صوت من يصيح فيه من بالمحلة ولم يعرف قاتله كان لأولياء دم هذا القتيل أن يتخيروا من أهل هذا المكان الذى وجد فيه خمسين رجلا يعرض على كل منهم بناء على دعوى أولياء الدم وطلبهم أن يحلف بالله ماقتلته ولا علمت له قاتلا فإذا حلفوا غرموا الدية ومن نكل منهم حبس إلى أن يحلف أو يقر وهذا عند الحنفية .

ولا قسامة إلا بعد دعوى على أهل المكان بالقتل وطلب لإيمانهم وذلك بعد أن يكون الذى وجد قتيلا وذلك بأن يكون به أثر القتل من جراحة أو خنق أو أثر ضرب أو نحو ذلك مما يدل على أنه قتيل فإن لم يكن شىء من ذلك فلا قسامة ولا دية اذ الظاهر أنه حينئذ ميت حتف أنفه ويجب أن يكون الموضع الذى وجد فيه القتيل مملوكاً لأحد أو فى يد أحد وإلا فلا قسامة ولا دية ولذا لا قسامة إذا وجد فى موضع لعامة الناس أو لجماعة لا يحصون لأن القسامة إنما وجبت واستتبعت الدية لظهور تقصير أهل هذا الموضع فى المحافظة عليه وفى حراسته حتى وقع فيه ماوقع فإذا لم تكن الحراسة مطلوبة من

أحد بعينه فلا تقصير ولا قسامة ولذا لا قسامة فى قتيل وجد بالمسجد الجامع ولا فى طريق عام ولا فى حبس عام وعندئذ تجب الدية فى بيت المال لأن تدبير أمر هذه المواضع العامة إلى السلطان فكانت الدية فى الأموال العامة .

وإذا لم يكن من أهل الموضع خمسون رجلا تكرر الإيمان عليهم حتى تكمل خمسين يمينا لقضاء عمر رضى الله عنه بذلك بمحضر من الصحابة مع عدم أنكار أحد منهم ولا قسامة فيما دون النفس من الجنايات .

ذلك ما ذهب إليه الحنفية وقد استدلوا بما روى عن زياد بن أبى مريم قال جاء رجل إلى النبى صلى الله عليه وسلم قال إنى وجدت أخى قتيلا فى بنى فلان فقال عليه الصلاة والسلام اجمع منهم خمسين فيحلفون بالله ما قتلوه ولا علموا له قاتلا فقال يارسول الله أليس لى من أخى إلا هذا فقال صلى الله عليه وسلم بل لك مائة من الإبل فدل ذلك الحديث على أن القسامة واجبة على أهل المحلة لا على المدعى وعلى وجوب الدية عليهم مع القسامة .

وذهب الشافعى إلى أنه إذا وجد قتيل فى محلة منفصلة عن بلد كبير ولا يجاورها بلد كبير أو فى قرية صغيرة يسكنهما أعداء له أو أعداء لأهله وكان هناك لوث - والمراد به قرينة حالية أو مقالية تؤيد صدق المدعى للدم فى دعواه القتل على أحد من أهل هذا الموضع - كان لورثته الحق فى القسامة بشرط ادعاء القتل على شخص معين منهم مع بيان صفته من عمد أو خطأ وانفراد به أو اشتراك مع غيره فيه فيحلف المدعى خمسين يميناً على أن قاتله فلان عمداً أو خطأ ولا يشترط تواليها على المذهب وإذا تعدد الورثة بأن كان له أكثر من وارث وزعت الخمسون عليهم بحسب الإرث وفى قول يحلف كل منهم خمسين يميناً ولو نكل أحدهم كمل الآخر الإيمان وأخذ حقه من الدية كما هو الحكم فى حال غيبة أحدهم وإن أبى الحاضر أن يحلف انتظر حضور الغائب فإن حلفوا استحقوا الدية على عاقلة المدعى عليه سواء كانت الدعوى بقتل خطأ أم عمداً .

وقد استدل الشافعي رحمه الله تعالى فقال أخبرنا مالك[١] عن ابن أبي ليلى بن عبد الله بن عبد الرحمن عن سهل بن أبي حيثمة أنه أخبره رجال من كبراء قومه أن عبد الله بن سهل ومحيصة خرجا إلى خيبر من جهد أصابهما فتفرقا في حوائجهما فأتى محيصة فأخبر أن عبد الله بن سهل قد قتل وطرح في فقير[٢] أو عين فأتى يهود فقال أنتم والله قتلتموه فقالوا والله ما قتلناه فأقبل حتى قدم على قومه فذكر ذلك لهم فأقبل هو وأخوه حويصة وهو أكبر منه وعبد الرحمن بن سهل أخو المقتول فذهب محيصة يتكلم وهو الذي كان بخيبر فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لمحيصة كبر كبر يريد السن فتكلم حويصة ثم تكلم محيصة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم إما أن يدوا صاحبكم وإما أن يؤذنوا بحرب فكتب إليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم في ذلك فكتبوا إليه انا والله ما قتلناه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لحويصة ومحيصة وعبد الرحمن أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم قالوا لا قال فتحلف يهود قالوا ليسوا بمسلمين فوداه رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده فبعث إليهم بمائة ناقة حتى أدخلت عليهم الدار قال سهل لقد ركضتني منها ناقة حمراء قال الشافعي أخبرنا الثقفي قال حدثني يحي بن سعيد وأخبرنا ابن عيينة عن يحي بن سعيد عن بشير بن يسار عن سهل بن أبي حيثمة عن النبي صلى الله عليه وسلم مثل معنى حديث مالك قال الشافعي فإذا كان مثل هذا السبب الذي حكم به رسول الله صلى الله عليه وسلم فيه بالقسامة حكمنا بها وجعلنا فيها الدية على المدعى عليه وإذا لم يكن مثل ذلك السبب لم نحكم بها فإن قال قائل وما مثل السبب الذي حكم فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم؟ قيل كانت خيبر دار يهود التي قتل فيها عبد الله بن سهل محضة لا يخالطهم فيها غيرهم وكانت العداوة بين الأنصار واليهود ظاهرة

---

(١) الام ج ٦ ص ٧٨ .

(٢) الفقير مخرج الماء من القناة .

وخرج عبد الله بن سهل بعد العصر ووجد قتيلا قبل الليل فكاد أن يغلب على من علم هذا أنه لم يقتله إلا بعض يهود وإذا كانت دار قوم محققة لا يخلطهم فيها غيرهم وكانوا أعداء للمقتول أو قبيلته ووجد القتيل فيهم فادعى أولياؤه قتله فيهم فلهم القسامة وكذلك إذا كان مثل هذا المعنى مما يغلب على الحاكم أنه كما يدعى المدعى على جماعة أو على واحد وذلك مثل أن يدخل نفر بيتاً فلا يخرجون منه إلا وبينهم قتيل وكذلك إن كانوا فى دار وحدهم لأن الأغلب أنهم قتلوه أو قتله بعضهم وكذلك أن يوجد فى صحراء أو ناحية ليس إلى جنبه عين ولا أثر إلا رجل واحد مختضب بدمه فى مقامه ذلك أو يوجد قتيل فتأتى جماعة متفرقة من المسلمين من نواح لم يجتمعوا فيثبت كل واحد منهم على الانفراد على رجل أنه قتله فتتواطأ شهادتهم ولم يسمع بعضهم شهادة بعض وإن لم يكونوا ممن يعدل فى الشهادة أو يشهد شاهد واحد عدل على رجل أنه قتله لأن كل سبب من هذا يغلب معه على عقل الحاكم أنه كما ادعى ولى الدم أو أولياؤه ولهم عند ذلك أن يحلفوا على واحد من أهل القرية أو البيت أو الجماعة أو على أكثر من واحد أنه القاتل وإذا وجبت القسامة فلأولياء القتيل أن يقسموا وإن كانوا غيباً عن موضع القتيل لأنه قد يمكن أن يعلموا ذلك باعتراف من القاتل أو بينة تقوم عندهم لا يقبل الحاكم منهم غير ذلك من وجوه العلم التى لا تفيد قطعاً .

وذهب المالكية إلى أن القسامة خمسون يميناً متوالية على البت لا على نفس العلم بالقاتل وتجب عندما يوجد قتيل فى ظروف ينشأ عنها غلبة الظن بصدق المدعى وذلك قد يكون عند ادعاء القتل على معين عمداً أو ادعائه على غير معين من جماعة معينة عمداً أو خطأ مع وجود قرائن تؤيد المدعى فى دعواه وتورث الظن بصدقه فإذا ادعى ولى القتيل على آخر أنه قتل موليه عمداً وكان ذلك مع اللوث وحلف خمسين يميناً أن فلاناً المدعى عليه قد قتل فلاناً عمداً فإنه يقتص من المدعى عليه . ومن اللوث أن يقول القتيل قبل

وفاته قتلني فلان عمداً أو خطأ فإنه عند ذلك يقبل قوله ويكون لوثاً بشرط أن يشهد على إقراره عدلان فأكثر وأن يصبر على قوله إلى وفاته وأن يكون به جرح أو أثر ضرب وإذا أطلق القتيل فلم يذكر عمداً ولا خطأ كان للولي البيان وعليه أن يقسم على ذلك فإذا حلف على العمد خمسين يميناً اقتيد له وإن حلف على الخطأ خمسين يميناً أخذ الدية وإذا تعدد الأولياء واختلفوا في وصف القتل فلا قسامة ومثله في الحكم إذا قالوا كلهم قتله عمداً ونكلوا عن اليمين .

أما في دعوى الخطأ إذا اختلفوا في الوصف بعد ذلك فقال بعضهم لا نعلم أكان القتل عمداً أو خطأ فلمدعي الخطأ أن يحلف خمسين يميناً وله خطر من الدية كما لو نكل بعضهم عن اليمين بلا خلاف بينهم — وإذا حلفوا كل منهم خمسين يميناً استحقوا الدية على عاقلة المدعي عليه وإذا شهد اثنان على أن القاتل الذي شاهدوه دخل في جماعة ولا يعلمون من هو منهم كان على كل فرد من الجماعة أن يحلف خمسين يميناً فإذا حلفوا جميعاً أو نكلوا جميعاً فالدية في أموالهم واجبة للأولياء وإن حلف بعضهم ونكل البعض فالدية على الناكل وحده في ماله بلا قسامة على الأولياء وهذا إذا كان القتل عمداً فلو كان خطأ فالدية على عاقلتهم إن حلفوا أو نكلوا .

وفي المدونة قال مالك إذا ادعى أولياء الدم على جماعة أن فلاناً منهم قتل موليهم عمداً وأقسموا على ذلك كل خمسين يميناً وكان لهم لوث من بينة أو تكلم من المقتول أو قامت البينة على أنهم ضربوه ثم مات أيكون لهم القود من المدعي عليه قال نعم فان ادعوا أن القتل خطأ وجاءوا بلوث من بينة على أنهم ضربوه وأقسموا على ذلك خمسين يميناً فان لهم الدية .

وعند الحنابلة لا قسامة إلا بشروط أحدها دعوى القتل عمداً أو خطأ أو شبه عمد على واحد معين مع اللوث . واللوث هو العداوة الظاهرة كالضغن

بين المقتول والقاتل واتفاق الأولياء في الدعوى فإن كذب بعضهم بعضاً فادعى أحدهم القتل وخالف آخر فلا قسامة .

وإذا كانت على أهل مدنية أو أهل محلة أو على غير معين لم تسمع ولا بد أن يكون من المدعين ذكر واحد على الأقل ويبدأ بإيمان المدعين فيحلف كل خمسين يميناً أن فلاناً المدعى عليه قتله فإذا حلفوا ثبت حقهم قبله وإن نكلوا حلف المدعى عليه خمسين يميناً فإن حلف برىء فإذا كانت الدعوى عمداً استحقوا القود بإيمانهم إلا أن يمنع مانع منه وإذ ردت اليمين إلى المدعى عليه حلف خمسين يميناً بالله ما قتلته ولا أعلم له قاتلا فإن لم يحلف وجبت الدية في ماله . والله أعلم وهو الموفق للصواب ؟

فهرس الكتاب

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة